

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

---

# De l'Extinction du Cautionnement

PAR

**IMPOSSIBILITÉ DE SUBROGATION**



**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

*Le Samedi 17 Février 1900, à deux heures*

PAR

**Albert VIALET**

LAURÉAT DE LA FACULTÉ ET DU CONCOURS GÉNÉRAL (1896)

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



**LYON**

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C<sup>ie</sup> SUCCESEURS

3, RUE STELLA, 3

—  
1900



# **De l'Extinction du Cautionnement**

PAR

**IMPOSSIBILITÉ DE SUBROGATION**



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

---

# De l'Extinction du Cautionnement

PAR

IMPOSSIBILITÉ DE SUBROGATION

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

*Le Samedi 17 Février 1900, à deux heures*

PAR

**Albert VIALET**

LAURÉAT DE LA FACULTÉ ET DU CONCOURS GÉNÉRAL (1896)

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C<sup>e</sup> SUCCESSEURS

3, RUE STELLA, 3

—  
1900

UNIVERSITÉ DE LYON

---

FACULTÉ DE DROIT

---

MM.

- CAILLEMER, O. ✱, I. ☉, doyen, professeur de Droit civil,  
correspondant de l'Institut.  
MABIRE, ✱, I. ☉, professeur honoraire.  
THALLER, I. ☉, professeur honoraire.  
GARRAUD, I. ☉, professeur de Droit criminel.  
APPLETON (Charles), I. ☉, professeur de Droit romain.  
FLURER, I. ☉, professeur de Droit civil.  
ROUGIER, I. ☉, professeur d'Économie politique.  
COHENDY, ✱, I. ☉, professeur de Droit commercial.  
PIC, A. ☉, professeur de Droit international public.  
BARTIN, I. ☉, professeur de Droit civil.  
SOUCHON, A. ☉, professeur d'Histoire des Doctrines écono-  
miques, en mission à Paris.  
APPLETON (Jean), A. ☉, professeur de Droit administratif.  
LAMBERT, agrégé, chargé des cours d'Histoire du Droit.  
BOUVIER, agrégé, chargé des cours de Science et de Législation  
financières.  
LAMEIRE, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit public.  
JOSSE RAND, agrégé, chargé du cours de Procédure civile.  
BROUILHET, agrégé, chargé du cours de Doctrines écono-  
miques.  
HUVELIN, agrégé, chargé du cours de Droit romain.  
BECQ, A. ☉, secrétaire.
- 

JURY DE LA THÈSE

- MM. CAILLEMER, ✱, I. ☉, professeur, doyen, *président* ;  
FLURER, professeur ;  
JOSSE RAND, agrégé.

## INTRODUCTION

---

Un simple coup d'œil jeté sur notre législation et sur celles des pays qui nous entourent, a dit un jurisconsulte, suffit pour nous convaincre de l'immense supériorité des sûretés réelles sur les sûretés personnelles. En droit civil le cautionnement est rare, les créanciers préfèrent de beaucoup une hypothèque. Si en droit commercial, les cautions nous apparaissent plus nombreuses, c'est que le commerce a besoin de rapidité dans ses opérations, il s'effraie des complications et des lenteurs que présentent la constitution, l'inscription d'une hypothèque et la procédure de l'expropriation immobilière. Il est facile de saisir les raisons de cette supériorité évidente, dans le droit actuel, des sûretés réelles sur les sûretés personnelles : un créancier qui accepte une caution ne peut jamais connaître exactement son état de fortune, le nombre de ses créanciers. Quoi de plus incertain, de plus flottant que la solvabilité d'un individu ? Qui peut prévoir l'avenir au point d'être sûr, à l'époque de l'échéance, de la solvabilité de la caution ? Au contraire, l'affectation d'un bien déterminé au paiement d'une dette donnée assure

au créancier une sécurité beaucoup plus grande ; on peut toujours, approximativement, établir la valeur d'un bien, il faut un concours de circonstances exceptionnelles pour la réduire à néant.

A Rome il en était autrement : tandis que les sûretés réelles, gage et hypothèque, y végètent jusqu'à la fin de l'empire, les sûretés personnelles s'épanouissent, se développent depuis les premiers temps de Rome jusqu'à sa chute. Dans la plupart des actes importants, nous voyons apparaître le cautionnement sous ses formes multiples ; cautionner était aussi un service d'ami qu'on ne pouvait refuser : Horace compte le cautionnement parmi les embarras de Rome. Cicéron à qui l'on demandait s'il avait cautionné tel individu répondait qu'il ne s'en souvenait pas, car il lui était impossible de se rappeler le nom de tous les débiteurs pour lesquels il avait répondu.

Dans l'ancien droit le cautionnement était aussi très fréquent, la raison en était peut-être la mauvaise organisation du régime hypothécaire. Au début du siècle, c'était encore un contrat fort usité en pratique ; M. Troplong nous assure que de son temps le « cautionnement est très fréquent. Son utilité le met en grande pratique dans les affaires civiles et commerciales... il favorise des établissements nouveaux et des entreprises utiles qui avorteraient (1). »

De nos jours, le cautionnement est devenu plus rare, en matière civile tout au moins ; car en matière commerciale il est d'une application pratique quotidienne,

---

(1) Troplong, *Du Cautionnement*, n° 25.

les donneurs d'aval sont légion. La raison en est dans l'organisation relativement bonne de notre régime hypothécaire : on est arrivé aujourd'hui à déterminer d'une façon suffisamment précise les propriétaires de biens hypothéqués ; les créanciers connaissent aisément le rang qu'ils auront dans la collocation ; enfin, la procédure de réalisation des biens engagés est organisée de façon que la vente produise le chiffre le plus élevé possible. Si le cautionnement n'est plus à l'heure actuelle aussi usité qu'autrefois, la faute n'en est certes pas aux rédacteurs du Code, qui ont organisé ce contrat d'une façon toute minutieuse, sur le modèle du droit romain. Ils ont entouré la caution d'un système de protection particulièrement énergique. Pénétrés de la haute importance sociale du cautionnement, ils ont voulu le favoriser : « Le cautionnement, disait Chabot au Tribunat, mérite particulièrement l'attention du législateur. Il facilite et multiplie les autres contrats en assurant leur exécution ; la garantie qu'il procure établit la confiance qui est la base de toutes les transactions civiles ; la sécurité qu'il inspire appelle la circulation des capitaux et les progrès de l'industrie » (1). « Il augmente le crédit, il est utile à l'Etat, ajoutait un autre tribun, Goupil ; il doit donc être spécialement protégé par la loi » (2).

Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas les périls dont est environné le rôle de caution : « Qui cautionne paie », dit un vieux proverbe ; « Donne-toi pour cau-

---

(1) Fenet, tome 13, page 48.

(2) Fenet, page 64.

tion et tu n'es pas loin de ta ruine », dit-on encore. Ils ont voulu protéger la caution d'une façon particulièrement efficace, sans toutefois compromettre la position du créancier ; c'était là le vrai moyen d'inviter les tiers à intervenir fréquemment en qualité de débiteurs accessoires.

Ils ont d'abord décidé dans l'article 2015 que le cautionnement ne se présume pas ; il doit être exprès. La caution ne doit pas intervenir à la légère, le législateur veut qu'elle sache exactement ce à quoi elle s'oblige ; elle fait un acte de pure générosité, mais cet acte doit être réfléchi, car elle s'expose aux rigueurs du créancier, à des procès dispendieux, peut-être même à la perte de son bien.

Puis la loi lui accorde le bénéfice de discussion : la caution actionnée en paiement par le créancier, peut repousser sa demande et le forcer à discuter préalablement le débiteur principal dans ses biens (article 2024). Elle n'est donc tenue qu'en cas d'insolvabilité constatée du débiteur.

Vient ensuite le bénéfice de division, lorsque plusieurs personnes ont cautionné le même débiteur pour une même dette. Les principes rigoureux du droit exigeaient, dans ce cas, que chacune des cautions pût être poursuivie pour le tout, puisque chacune d'elles a promis la totalité de la dette. C'est bien, en effet, ce que décide l'article 2025 ; mais l'article 2026 vient immédiatement tempérer cette rigueur et décider que la caution peut exiger que le créancier divise son action entre chaque caution et la réduise à la part et portion de chacune d'elles.

Toujours dans le but de favoriser le cautionnement, le législateur, dans l'article 2032, établit divers cas dans lesquels la caution, avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, de telle façon que la caution pourra non pas se faire indemniser, comme le dit la loi, mais se mettre en garde contre un dommage possible.

Le paragraphe 5 de cet article nous montre à quel point les rédacteurs du code civil ont été soucieux des intérêts de la caution : ils ont décidé qu'elle serait déchargée au bout de dix années, lorsque l'obligation principale serait d'une durée illimitée et indéfinie. La loi n'a pas voulu que la caution reste indéfiniment engagée dans les liens du contrat ; sa situation pourrait devenir trop périlleuse, par suite de circonstances impossibles à prévoir.

Le législateur s'est encore montré plein de sollicitude pour la caution en la déchargeant, lorsque le créancier a accepté volontairement, en paiement de la dette principale, un immeuble ou un effet quelconque, encore qu'il vienne à en être évincé (article 2038) et en lui accordant, dans l'article 2028, le droit d'exiger du débiteur les intérêts de ses déboursés (capital et intérêts), à compter du jour où ils ont été faits. Et même, s'il y a lieu, la caution peut demander, en outre, des dommages et intérêts correspondant au préjudice causé.

La caution qui a payé la dette a un recours contre l'obligé principal ; c'est, nous dit l'article 2028, l'action de mandat, si la caution est intervenue sur la prière du débiteur principal ; dans le cas contraire, c'est l'action de gestion d'affaires.

Ce recours sera la plupart du temps inefficace, par suite de l'insolvabilité du débiteur principal. Le législateur n'a pas abandonné la caution; il a apporté un remède énergique à cette situation en accordant à la caution le bénéfice de la subrogation légale (art. 2029). La caution est mise aux lieu et place du créancier, elle exerce, comme si elles lui appartenaient, les actions du créancier; elle peut se prévaloir de toutes les sûretés, hypothèques ou privilèges qui y sont attachées et se garantir par là de l'insolvabilité du débiteur principal.

Enfin, comme couronnement de son œuvre de protection, la loi a voulu éviter que le créancier pût, par son fait, rendre impossible la subrogation qui est accordée à la caution par l'article 2029; elle a décidé, dans l'article 2037, que la caution serait déchargée si le créancier avait laissé périr les sûretés qui lui assuraient un recours efficace contre le débiteur principal.

C'est cette décharge de la caution, cette déchéance du créancier qui est l'objet de notre étude.

---

## HISTORIQUE

---

L'article 2037 nous vient du droit romain; il a son origine dans le bénéfice de cession d'actions.

Les Romains connaissaient trois formes de cautionnement: l'*adpromissio*, le *mandatum pecuniæ credendæ* et le pacte de constitut.

L'*adpromissio* était l'application de la stipulation au cautionnement, le débiteur accessoire s'engageait vis-à-vis du créancier par une réponse à son interrogation. Elle revêtait trois formes: la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio*. Cette dernière seule existe sous Justinien; c'était d'ailleurs le mode le plus large d'*adpromissio*; le fidéjusseur s'engageait par stipulation vis-à-vis du créancier à lui payer la même somme que le débiteur principal. « *Idem fide tua esse jubes* (1), — *fide jubeo* ». Primitivement le fidéjusseur était tenu d'une façon très rigoureuse vis-à-vis du créancier. Ce dernier pouvait poursuivre indifféremment, pour la totalité de la dette, le débiteur principal ou la caution; si plusieurs fidéjusseurs avaient cautionné la

---

(1) Gaius, III, 116.

même dette, le créancier n'était pas tenu de diviser son action, il pouvait demander la totalité à l'un quelconque d'entre eux. Enfin, entre autres désavantages, le fidéjusseur qui payait la dette n'avait contre le débiteur principal qu'une action personnelle en recouvrement, *actio mandati contraria*, s'il a reçu mandat de s'engager, *actio negotiorum gestorum contraria*, s'il a simplement voulu faire l'affaire du débiteur principal. Le fidéjusseur investi de ces actions personnelles n'avait qu'un recours illusoire, la plupart du temps il venait se heurter à l'insolvabilité du débiteur principal.

Ce rigorisme s'expliquait aisément. Il avait d'abord un motif politique : les patriciens, jaloux de leur influence politique, s'efforcèrent longtemps de la conserver en exploitant les besoins de la plèbe. Possesseurs d'immenses étendues de terrains, usurpés sur le domaine public, ils s'assuraient la fidélité de leurs clients par des concessions de précaires. Détenteurs de la richesse mobilière, ils prêtaient beaucoup et demandaient aux emprunteurs, pour sûreté de leurs créances, des cautions solvables et rigoureusement tenues.

Il y avait surtout un motif juridique. La fidéjussion était un contrat de droit strict. Le juge ne tenait compte que des paroles prononcées. Le fidéjusseur avait promis la même chose que le débiteur principal, « *idem* », sans spécifier qu'il ne s'engageait qu'accessoirement, sans spécifier qu'en cas de pluralité de cautions, le créancier dût diviser son action. C'était aussi un contrat unilatéral, le fidéjusseur seul s'était obligé vis-à-vis du créancier, il en résultait de graves incon-

venients pour la caution : en cas de paiement, elle n'avait contre le débiteur que les actions personnelles de mandat ou de gestion d'affaires, qui la protégeaient suffisamment si le débiteur était solvable, mais qui, la plupart du temps étaient sans efficacité. La situation de la caution n'eût-elle pas été meilleure si le créancier eut été tenu de céder à la caution qui avait payé son action contre le débiteur principal, action dont il n'a plus besoin et qui était peut-être garantie par une hypothèque, un gage, d'autres fidéjusseurs ; la caution eût été ainsi mise à l'abri de l'insolvabilité du débiteur principal, mais le caractère unilatéral de la fidéjussion empêchait cette cession : le fidéjusseur s'était bien engagé vis-à-vis du créancier, mais de son côté le créancier n'avait rien promis au fidéjusseur ; le caractère de droit strict du contrat empêchait le juge de statuer en équité et de sous-entendre cette promesse du créancier.

Tel était le droit originaire. Ces principes d'un rigorisme extrême furent peu à peu adoucis, grâce aux protestations des tribuns de la plèbe. La pratique imagina divers moyens destinés à remédier à ces inconvénients par trop graves : le premier consistait pour le fidéjusseur à donner mandat au créancier de poursuivre le débiteur principal, de telle sorte que la caution n'était plus obligée de payer quand le débiteur était en état de le faire, elle devenait un véritable débiteur accessoire. Elle n'était tenue en effet que d'indemniser le créancier, du préjudice causé par l'exécution du mandat, c'est-à-dire de la somme qu'il n'avait pu obtenir du débiteur.

Un second procédé, imaginé pour anéantir l'effet extinctif de la *litis contesttio* d'après lequel le créancier ne pouvait poursuivre successivement le débiteur principal et la caution, consistait dans la *fidejussio indemnitis*. Le fidéjusseur ne promettait plus *idem* mais *quanto minus a reo consecutus fuerit*. Le contrat était donc rédigé de telle façon que le créancier pouvait poursuivre la caution en cas de non-paiement ou de paiement partiel du débiteur. La fidéjussion devenait conditionnelle et forçait le créancier à poursuivre en premier lieu le débiteur et à le discuter dans ses biens.

Justinien alla plus loin et, dans sa novelle IV, accorda aux fidéjusseurs le bénéfice de discussion.

Il y avait encore un pas à faire, toutes ces réformes y compris le bénéfice de division dont les cautions bénéficiaient n'en laissaient pas moins subsister pour les fidéjusseurs une situation très désavantageuse. Nous savons que la caution qui avait payé n'avait pour tout recours qu'une action personnelle en recouvrement, action de mandat ou de gestion d'affaires, le plus souvent sans utilité. Les jurisconsultes vinrent en aide à la caution et imaginèrent de faire servir à son profit l'action du créancier contre le débiteur principal. Cette institution, qui prit le nom de *beneficium cedendarum actionum* permettait à la caution de recourir contre le débiteur principal non plus de son chef par l'action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires, mais du chef du créancier par l'action plus avantageuse dont il n'avait plus besoin puisqu'il était payé. Ce résultat semblait impossible à obtenir car le

paiement que le créancier avait reçu de la caution avait éteint l'action du créancier et toutes ses garanties; il y avait là une impossibilité juridique. Et puis cette cession en admettant qu'elle fût possible, n'était-elle pas subordonnée au bon vouloir du créancier? Il n'avait rien promis à la caution, la fidéjussion étant un contrat unilatéral et de droit strict.

Ces deux difficultés furent heureusement surmontées. Les jurisconsultes ont éludé la première en faisant remarquer que la caution qui paie la dette n'éteint pas la créance mais est censée payer au créancier le prix de la cession de ses actions contre le débiteur. La caution achète l'action du créancier que celui-ci est censé lui vendre : *quodammodo nomen debitoris vendidit*, disent les textes. La jurisprudence parvint également à soustraire la cession au bon vouloir du créancier en faisant insérer dans la formule de la fidéjussion une exception de dol au moyen de laquelle la caution repoussera l'action du créancier qui lui demande paiement et lui refuse la cession. Il y a dol, en effet, de la part du créancier à refuser à la caution une action dont il n'aura plus besoin après le paiement. C'est donc une pensée toute d'équité qui a introduit dans la pratique le bénéfice cession d'actions : *quod uni prodest, alteri non nocet facile concedendum*.

Ces difficultés théoriques une fois vaincues restait l'exécution : A Rome les créances ne se cédaient pas. On fait servir alors l'institution de la *procuratio in rem suam* : le créancier donnait mandat à la caution d'agir en justice en son lieu et place et la dispensait de rendre compte.

Le bénéfice de cession d'actions était créé.

De ce jour la situation du fidéjusseur fut améliorée d'une façon considérable : en plus de son action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires la caution a à son service l'action du créancier contre le débiteur principal, action qui peut être munie d'un gage, d'une hypothèque, ou croit au double *propter infitiationem* ; d'autre part si d'autres, fidéjusseurs ont cautionné la dette, la caution peut agir contre eux du chef du créancier, alors que de son propre chef ce secours lui eût été interdit.

Si nous pénétrons plus avant dans l'étude de ce bénéfice nous verrons que si les Romains avaient su se débarrasser de l'effet extinctif de la *litis contestatio* pour admettre en principe le bénéfice de cession d'actions, ils l'avaient au contraire laissé subsister en ce qui concerne les conditions mises à l'obtention de ce bénéfice. Deux conditions étaient requises : la caution devait tout d'abord le demander et offrir un paiement intégral ; elle devait ensuite faire cette demande avant le paiement et en cas de poursuites avant la *litis contestatio*, car, disait-on, le paiement et *litis contestatio* éteignaient les actions du créancier, on ne pouvait acheter ce qui était éteint.

Il pouvait se faire, et c'est là un des points importants de cette étude historique, il pouvait se faire que le créancier ait disposé de ses garanties ou les ait laissé périr : il avait deux fidéjusseurs, il a libéré l'un deux par un pacte *de non petendo* ; il avait une hypothèque, il l'a laissée s'éteindre par la *prescriptio longis temporis* acquise au tiers détenteur. La cession de ces

diverses garanties ne pouvait plus s'opérer en faveur de la caution. Quelle était la situation de la caution ? Pouvait-elle refuser de payer sous prétexte quelle ne s'était engagée qu'en contemplation de ces garanties, et que ces garanties disparaissant, elle était déchargée ? Non. Les Romains ont fait prévaloir ici le caractère unilatéral de la fidéjussion : le créancier n'a rien promis au fidéjusseur, il ne s'est pas engagé à lui céder ses garanties, il n'a pas contracté d'obligation vis-à-vis de lui ; la caution n'était donc pas fondée à refuser le paiement si le créancier, ne s'était pas montré diligent et soigneux pour conserver ses actions ; à plus forte raison le créancier n'était-il pas garant de l'efficacité de ses garanties accessoires. C'était là une conséquence du caractère unilatéral et de droit strict de la fidéjussion. Le créancier était donc en quelque sorte maître de la situation.

Mais les Romains connaissaient un autre mode de cautionnement : le *mandatum pecuniæ credendæ*. *Primus* donnait mandat à *Secundus* de prêter 1,000 sesterces à *Tertius*. *Primus* jouait vis-à-vis de *Secundus* le rôle de caution puisqu'il était tenu d'indemniser *Secundus* de frais occasionnés par l'exécution du mandat, c'est-à-dire qu'il garantissait le remboursement de la somme prêtée.

Le *mandator pecuniæ credendæ* jouissait comme le fidéjusseur du bénéfice de cession d'actions ; comme lui il était censé acheter au créancier ses actions et ses garanties, mais des différences profondes séparaient la *fidejussio* du *mandatum pecuniæ credendæ*. La *fidejussio* était une stipulation, par conséquent un

contrat unilatéral et de droit strict, le *mandatum pecuniæ credendæ* était un mandat, un contrat synallagmatique et de bonne foi.

Dans la fidéjussion il n'y avait jamais qu'une dette, celle qu'avait contractée le fidéjusseur ; dans le *mandatum pecuniæ credendæ* il y en avait deux, une résultant du contrat de *mutuum* intervenu entre le créancier et le débiteur, une seconde résultant du mandat intervenu entre le mandataire et le mandant. Le créancier avait deux débiteurs : le débiteur principal et le *mandator*, mais l'objet de leurs obligations n'était pas le même : le débiteur principal avait promis le remboursement de la somme prêtée, le *mandator* avait promis d'indemniser le créancier des suites préjudiciables de l'exécution du mandat. Par conséquent, l'effet extinctif du paiement et de la *litis contestatio* n'avaient pas ici le même inconvénient qu'en cas de fidéjussion : la poursuite dirigée par le créancier contre le *mandator* éteignait bien la dette née du mandat, mais la dette née du prêt subsistait. Il en résultait que la *litis contestatio* et le paiement ne mettaient pas obstacle à la cession d'actions, le créancier ayant encore à sa disposition son action en remboursement contre le débiteur principal, c'était une première différence avec la fidéjussion.

Il y en avait une seconde, non moins importante. Dans la fidéjussion, la cession d'actions était pour la caution une simple faveur admise par une mesure d'équité. Dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, c'était un droit pour le *mandator* résultant tout naturellement de l'application des règles positives et

concrètes du contrat intervenu entre la caution et le créancier, du mandat. Le créancier agissant comme mandataire devait céder à la caution qui joue le rôle de mandant, toutes les actions qu'il avait acquises à l'occasion du mandat. En outre, le mandat était un contrat de bonne foi, le créancier était tenu de toutes les prestations qu'exigeait l'équité; il était évidemment de mauvaise foi en refusant la cession d'actions qui étaient pour lui sans utilité puisqu'il était payé. « *Quæ sunt iis utilia qui accipiunt*, dit Cicéron, *danti non molesta.* » Il était d'ailleurs de toute nécessité d'écarter ici les règles de la fidéjussion : le fidéjusseur avait de son chef un recours contre le débiteur, il pouvait à la grande rigueur se contenter de son action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires; le *mandator*, au contraire, n'avait aucun recours contre l'emprunteur, il avait absolument besoin que le créancier lui cédât son action contre le débiteur. Mais la véritable raison de cette différence entre la fidéjussion et le *mandatum pecuniæ credendæ* était dans les règles du mandat qui obligeait le mandataire (le créancier) à céder au mandant (la caution), toutes les actions qu'il avait acquises en exécutant le mandat.

Cette obligation de transmettre les actions, entraînait dans un contrat de bonne foi comme le mandat, celle de les conserver. Nous savons que dans la *fidejussio*, contrat unilatéral et de droit strict, le créancier n'était pas tenu de conserver intactes au fidéjusseur les garanties qu'il pouvait avoir. Dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, nous sommes en présence d'un contrat de bonne foi; l'équité commandait au créan-

cier de conserver avec soin les garanties ou de ne pas en disposer. S'il ne l'avait pas fait, la caution était en droit de lui dire : « *frangenti fidem fides frangitur*, je me considère comme déchargée. » Le *mandator* opposait à la demande du créancier une *exceptio non adempti contractus* (1); c'est là l'origine première de l'exception de subrogation de l'article 2037 du Code civil.

Le *fidejussor indemnitatis* jouissait, comme le *mandator pecuniæ credendæ*, de l'*exceptio non adempti contractus*; il pouvait, comme lui, refuser le paiement si la cession d'actions ne pouvait plus s'opérer.

Reste enfin le pacte de constitut, cette troisième forme de cautionnement que connaissaient les Romains. Une personne s'engageait par simple pacte vis-à-vis du créancier d'autrui à payer le montant de la dette à une date déterminée; le créancier pouvait agir contre elle par l'action de *pecunia constituta*. Quelle était la situation de ce débiteur accessoire? Cette question est vivement controversée. La majorité des auteurs est d'accord pour faire à la caution qui s'est engagée par un pacte de constitut, une situation qui tient le milieu entre celle du fidéjusseur et celle du *mandator pecuniæ credendæ*: comme le *mandator*, elle pouvait demander la cession des actions du créancier après le paiement ou la *litis contestatio*; comme le fidéjusseur, elle n'était admise à refuser le paiement si cette cession était devenue impossible par un fait imputable au créancier.

---

(1) Loi 94, § 2; D., *De solut.*

Telles étaient les règles du droit romain sur la cession d'actions. Ce qu'il y a d'importants à retenir, c'est que à Rome, la cession d'actions était un bénéfice qui devait être demandé, qu'il n'avait pas lieu de plein droit au profit de la caution, et qu'au cas seulement de *mandatum pecuniæ credendæ*, la caution était déchargée si cette cession ne pouvait pas s'opérer ; qu'elle opposait alors l'*exceptio non adimpleti contractus* (1).

En passant dans notre ancienne jurisprudence, la cession d'actions prit le nom de subrogation. Nos vieux auteurs lui appliquèrent-ils les règles de la *fidejussio* ou bien celles du *mandatum pecuniæ credendæ*, au point de vue de la conservation, par le créancier, des sûretés promises par le débiteur ? Nous savons que la distinction établie par le droit romain, entre la *fidejussio* et le *mandatum pecuniæ credendæ* venait de ce que le premier de ces contrats était un contrat unilatéral et de droit strict, alors que le second était synallagmatique et de bonne foi. Nos anciens auteurs s'étant affranchis des rigueurs de la forme, ayant répudié la logique étroite et inflexible des premiers siècles de Rome, ayant aboli en un mot la vieille distinction des contrats *stricti juris* et *bonæ fidei*, il semblerait qu'ils auraient dû donner leur préférence aux règles du *mandatum pecuniæ credendæ*, décider que le créancier serait obligé de conserver ses actions pour les transmettre à la caution, et que la

---

(1) C'est cette exception que les commentateurs appellent *exceptio cedendarum actionum*.

décharge de la caution serait la sanction de cette obligation.

Et, en effet, c'est bien la tendance que nous remarquons dans les commentaires de nos vieux auteurs ; ils se sont efforcés d'appliquer à la subrogation les règles de la cession d'actions admise dans le cas de *mandatum pecuniæ credendæ*.

Notre ancien droit consacra les principes du droit romain relativement à la manière dont s'acquéraient les actions du créancier. C'était une règle, dans notre ancienne jurisprudence, que la subrogation n'avait lieu de plein droit que dans les cas expressément prévus par la loi : « *Non transeunt actiones ipso jure*, disait-on, *nisi in casibus jure expressis*. » La caution n'ayant pas été comprise par la coutume, parmi les personnes qui jouissaient de plein droit du bénéfice de subrogation, on dut l'obliger à le demander si elle voulait s'en prévaloir. Comme à Rome, par conséquent, le fidéjusseur devait requérir la subrogation, mais il lui suffisait de la demander pour l'acquérir, par la seule force de la loi. Nous avons sur ce point le témoignage de Pothier : « Selon nos usages, dit-il (1), lorsque le fidéjusseur ou autre, qui s'oblige de payer, a demandé, en payant, la subrogation, quand même le créancier la lui aurait refusée, il est par la loi subrogé à tous droits et actions du créancier ; il n'est pas nécessaire qu'il fasse condamner le créancier à lui accorder la subrogation. »

C'est en vain que Dumoulin, dans la première de ses

---

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 280.

leçons solennelles faites à Dôle, en 1555, essaya de protester contre l'opinion commune; il voulait que la caution, par le seul fait du paiement, fût subrogée de plein droit et sans demande, aux droits du créancier. Peut-être serait-il arrivé à son but, s'il eut parlé au nom de l'équité ou de la justice qui sont le fondement du droit coutumier, il eut le tort de s'appuyer sur des textes romains qui se refusaient absolument à cette interprétation. Aussi les doléances de Dumoulin restèrent sans effet ou à peu près; sans doute quelques auteurs admirent son opinion dans leurs livres, mais à part quelques arrêts contraires, la pratique resta la même. « On n'en continua pas moins, dit Pothier (1), d'enseigner dans les écoles et de pratiquer au barreau qu'un codébiteur solidaire, de même que les cautions et tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres, n'étaient subrogés aux droits du créancier que lorsqu'ils avaient requis la subrogation. » Nous avons aussi le témoignage de Renusson (2): « On ne peut acquérir les droits d'autrui sans avoir la volonté de les acquérir; n'acquiert qui ne veut. Comment est-ce donc que les droits et actions du créancier passeraient en la personne du fidéjusseur, si le fidéjusseur n'a pas eu volonté de les acquérir et s'il n'a pas requis ni stipulé la subrogation? » La Cour de cassation, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 1808 (3), sur une espèce régie par la législation antérieure au

---

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 280.

(2) *Traité de la subrogation*, chap. I.

(3) S. Chr.

Code civil, a décidé : « Que sous cette législation, aucune disposition formelle de loi n'avait accordé la subrogation *ipso jure* à la caution qui paie pour l'obligé principal; qu'il n'existait sur ce point de droit, ni la série de dispositions conformes, ni l'unanimité des jurisconsultes, qui pourraient constituer une jurisprudence constante. »

Nous pouvons donc admettre sans hésitation, que, dans l'ancien droit, la subrogation n'avait pas lieu de plein droit au profit de la caution; il fallait, pour qu'elle en bénéficiât, une stipulation expresse ou une demande avant paiement. C'était d'ailleurs la règle générale pour tous ceux qui étaient tenus avec d'autres ou pour d'autres.

Mais quelle était l'opinion commune sur le point de savoir si le créancier devait conserver ses actions pour les transmettre intactes au fidéjusseur qui en requérait la cession? Cujas et Pothier se contredisent. Cujas applique tautôt au fidéjusseur la loi 95 § 11, D. *De solut.*, qui est relative au *mandator pecuniæ credendæ*, tantôt affirme qu'on ne peut trouver, dans tout le droit romain, aucun texte obligeant le créancier à conserver ses actions. Pothier nous offre les mêmes contradictions: dans ses *Pandectes* il déclare, comme Cujas, que la loi 95 § 11 est applicable au fidéjusseur; dans son *Traité des Obligations* il décide au contraire que cette loi n'est pas décisive pour le fidéjusseur. Finalement, il en arrive à cette formule, que l'on peut considérer comme celle à laquelle il ait voulu s'arrêter: si le créancier a laissé périr ses actions par simple négligence, par exemple, s'il n'a pas interrompu une prescription,

la caution r  ste tenue, car le créancier n'a pris aucun engagement vis-à-vis d'elle. il suffit qu'il ne commette rien de contraire à la bonne foi ; la caution peut, d'ailleurs, aussi bien que le créancier veiller à la conservation des actions ; si au contraire c'est par son fait positif que le créancier a perdu ses garanties, la caution est déchargée, et cela pour des motifs d'équité : il n'est pas juste que le créancier la prive de son recours contre le débiteur principal. Polhier donne alors à la caution une exception qu'il appelle et après lui les commentateurs, *exceptio cedendarum actionum* (1).

Le Code civil a réalisé le v  u de Dumoulin ; dans les articles 1251 et 2029 il a déclaré la caution subrogée *ipso jure* aux droits et actions du créancier, sans l'obliger à en faire la demande. Dans l'article 2037, estimant que la caution, en s'engageant avait compté sur la subrogation, il l'a déchargée si la subrogation ne peut plus s'opérer par le fait du créancier. La caution oppose alors au créancier une exception que les interprètes appellent *exception de cession d'actions*, mais qu'il e  t été plus logique d'appeler *exception de subrogation*, puisque dans notre droit, la subrogation a remplacé la cession d'actions du droit romain. Nous emploierons indifféremment ces deux expressions au cours de notre étude.

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, N   527.



## CHAPITRE PREMIER

---

### Fondement juridique de l'article 2037

---

Sur la question de savoir quel fondement juridique attribuer à l'article 2037 du Code civil, deux théories se sont fait jour : l'une a pour elle la presque unanimité des auteurs et explique l'article 2037 par le bénéfice de subrogation, l'autre, enseignée par M. Troplong voit dans l'article 2037 un corollaire du bénéfice de discussion. Cette controverse n'a pas qu'un intérêt doctrinal ; des intérêts pratiques considérables sont en jeu, nous les découvrirons par la suite.

Examinons tout d'abord la théorie de M. Troplong. Son système peut se résumer de la façon suivante (1) : le célèbre magistrat commence par faire un exposé historique de la question : dans l'ancien droit romain, le créancier n'était pas obligé de conserver au fidéjusseur ses actions contre le débiteur principal, il les lui cédait telles qu'il les avait au moment du paiement.

---

Troplong, *Du cautionnement*. N<sup>os</sup> 526 et suivants.

Il en était autrement au cas de *mandatum pecuniæ credendæ*, le créancier était tenu de ne pas laisser périr les garanties qu'il pouvait avoir contre l'emprunteur. Tel était le droit romain pratiqué par les jurisconsultes de l'époque classique.

Mais sous Justinien un grand changement fut introduit: la novelle IV accorda au fidéjusseur le bénéfice de discussion. Poursuivi par le créancier le fidéjusseur était en droit de lui dire: « Je veux qu'avant de recourir sur moi vous discutiez le débiteur principal. » La caution n'était donc tenue qu'en cas d'insolvabilité du débiteur. Ce droit, dit M. Troplong, eut pour conséquence nécessaire de mettre le créancier dans l'obligation de ne rien faire qui fut de nature à en priver le fidéjusseur directement ou indirectement. . . . sinon que serait devenue l'exception de discussion? Si donc un créancier fût convenu avec son débiteur de ne pas le poursuivre, par égard pour sa personne, mais de réserver ses poursuites contre le fidéjusseur, ou bien s'il eut renoncé à une hypothèque sur les biens du débiteur ou consenti à ne pas se prévaloir d'un droit de gage, que serait-il arrivé lorsqu'il aurait intenté son action contre le fidéjusseur. Celui-ci, « armé de la novelle » l'aurait renvoyé à la discussion du débiteur principal et le créancier aurait été obligé d'avouer qu'il avait rendu cette discussion impossible. Le fidéjusseur lui aurait alors répondu victorieusement: « Il ne dépend pas de vous de me priver de ma sauvegarde, vous n'êtes pas maître de vous placer au-dessus de la novelle. Je suis obligé de payer parce que par un fait volontaire vous n'avez pas pu vous payer intégrale-

ment sur les biens du débiteur principal, je demande à être déchargé. »

Or dès l'instant, ajoute M. Troplong, que le créancier est tenu « par l'effet irrésistible de la novelle » de conserver son droit intact contre le débiteur principal, il s'ensuit que lorsqu'arrive la cession d'actions, il ne lui suffit plus de céder ses actions telles quelles; il faut qu'il les cède intactes, afin que le fidéjusseur, mis à sa place par cette cession, trouve dans la discussion qu'il fait lui-même des facultés du débiteur, les ressources que le créancier y aurait trouvées s'il l'avait renvoyé à faire cette discussion (1). »

Ainsi donc, selon M. Troplong, c'est bien la Novelle de Justinien et non pas la cession d'actions qui est la véritable source de l'article 2037, puisque bien avant l'introduction du bénéfice de discussion le créancier était tenu de céder ses actions au fidéjusseur, mais qu'il avait rempli cette obligation en les cédant telles quelles. Ce n'est que depuis la Novelle IV, accordant au fidéjusseur le bénéfice de discussion, qu'il en a été autrement : à l'obligation de céder ses actions, déjà consacrée par le droit ancien, elle a ajouté celle de les céder entières et conservées.

Dans l'ancien droit, Pothier, Doneau et beaucoup d'autres ont méconnu la véritable origine de l'exception de cession d'actions; ils ont oublié le changement introduit par Justinien dans la jurisprudence classique et rattachent l'exception *cedendarum actionum* au bénéfice de subrogation. Mais d'autres ne s'y sont pas

---

(1) Troplong, *op cit.* N° 533.

trompés : Voët, Héringius, Deluca. Quoi qu'il en soit sur les origines de cette exception, tous les auteurs étaient d'accord pour admettre que le créancier ne devait pas se borner à céder ses actions telles quelles.

Le Code civil a consacré la même solution dans l'article 2037, mais il ne dit pas ses motifs ; d'autre part, il est impossible de tirer aucune lumière des discours des orateurs du gouvernement et du Tribunal, ils se sont bornés pour la plupart à une paraphrase banale du texte. C'est au bon sens de l'interprète à trouver la philosophie de la loi.

La subrogation s'opère au profit de la caution par la seule puissance de la loi ; mais il ne s'en suit pas qu'elle doive produire plus d'effet que la subrogation expresse de l'ancien droit. Cette subrogation expresse et formelle n'obligeait qu'à céder, et non pas à conserver. La subrogation légale est fondée sur ce principe que nous ne pouvons refuser à autrui ce que nous pouvons leur accorder sans qu'il nous en coûte rien, *quod tibi non nocet et alteri prodest* . . c'est-à-dire qu'elle oblige le créancier à céder ses actions, mais c'est là tout son effet, elle ne saurait l'empêcher d'user de son droit et de disposer de ce qui lui appartient. *Qui jure suo utitur neminem lædit*. Il a fallu un élément nouveau pour lui donner une plus grande portée ; cet élément nouveau c'est le bénéfice de discussion, car l'exception de discussion a nécessairement imposé au créancier le droit de conserver ses actions. Admettre le contraire, ce serait rendre absolument inutile le bénéfice accordé à la caution par l'article 2021. Décider par exemple que le créancier peut renoncer aux hypothèques qui

garantissent pleinement son paiement sur les biens du débiteur principal, c'est dire par là que le créancier n'est plus obligé d'observer aucun ordre dans ses poursuites. Et cependant la caution est un débiteur accessoire contre lequel on ne peut agir qu'après constatation de l'insolvabilité du débiteur principal. Cette constatation se fait au moyen de la discussion. Qu'on n'objecte pas à M. Troplong que l'exception de discussion est basée, elle aussi, sur la règle *quod tibi non nocet et alteri prodest...* et ne doit pas être le prétexte d'un dommage pour le créancier, de sorte qu'on ne peut en tirer la conséquence que le créancier est responsable des renonciations, abandons, remises qu'il a faits de bonne foi en usant de son droit, M. Troplong répondra « que l'exception de discussion est toujours une obligation pesante pour le créancier; elle lui impose l'obligation de souffrir un retard dans le recouvrement de son dû, met des entraves à ses affaires et engage sa responsabilité, s'il laisse tomber par sa faute le débiteur dans l'insolvabilité (1) ». Le bénéfice de discussion n'est donc pas une de ces faveurs sans conséquence fondée sur cette règle de morale *quod tibi non nocet...* il limite dans une très large mesure le droit du créancier.

Ces principes admis, il n'y a qu'un pas à faire pour arriver à cette vérité que la cession d'actions est désormais une cession d'actions non amoindries par le fait du créancier.

Tel est le système adopté par M. Troplong; il repose

---

(1) Troplong, *op. cit.* N° 544.

en résumé sur deux arguments, c'est d'abord l'autorité du droit romain, c'est ensuite ce principe que si le créancier était maître de se départir des sûretés que lui a données le débiteur, il rendrait illusoire le bénéfice de discussion accordé à la caution par l'article 2021. Cette solution, dit M. Troplong, est l'évidence même.

En dépit de l'évidence que M. Troplong accorde à son système sur l'article 2037, nous préférons de beaucoup donner à cet article un autre fondement juridique : le bénéfice de subrogation considéré comme condition de l'engagement de la caution.

L'ancien droit est tout entier en notre faveur ; c'est un motif d'équité qui a fait admettre par nos vieux auteurs l'*exceptio cedendarum actionum*. Pothier, il est vrai, au n° 380 de son *Traité des obligations*, semble rattacher cette exception au bénéfice de discussion : « Justinien ayant par sa novelle accordé aux fidéjusseurs l'exception de discussion, *beneficium ordinis*, qui consiste dans le droit qu'il leur donne, lorsqu'ils sont poursuivis par le créancier de le renvoyer à se pourvoir auparavant contre le débiteur principal et à discuter pour cet effet ses biens, il est évident que le créancier ne peut plus aujourd'hui, en convenant avec le débiteur de ne pas lui demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux fidéjusseurs, car il ne peut par son fait les priver du droit et de l'exception que la loi leur donne ». Mais Pothier se démentit bientôt et quand il traite *ex professo* de l'origine de l'exception de cession d'actions il écarte totalement le bénéfice de discussion : « Il faut décider que lorsque le créancier s'est mis par son fait hors

d'état de pouvoir céder au fidéjusseur ses actions, soit parce qu'il les a déchargées, soit parce qu'il a par sa faute laissé donner congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut, *per exceptionem cedendarum actionum*, faire déclarer le créancier non recevable en sa demande pour ce qu'aurait pu procurer au fidéjusseur la cession de ses actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder (1). » Tous nos anciens auteurs sont unanimes à décider que la cession d'actions, lorsqu'elle est requise, n'a pas pour effet d'obliger le créancier à conserver les suretés attachées à sa créance. Le créancier cède ses actions telles quelles, sans que le fidéjusseur soit en droit de lui opposer une déchéance quelconque pour ne pas les avoir conservées. Voilà le seul effet de la subrogation nécessairement expresse dans l'ancien droit. Pourquoi nos vieux auteurs déchargent-ils la caution lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer par le fait du créancier ? Ce n'est pas en vertu de la cession qu'a promise le créancier, puisque cette cession ne l'oblige pas à conserver ses actions. Est-ce parce que la caution jouit du bénéfice de discussion et que le créancier ne peut le compromettre ? personne n'a songé à l'admettre. Si on libère la caution c'est uniquement pour des motifs d'équité : le cautionnement est un contrat de bienfaisance, il faut l'encourager, le crédit public y est intéressé ; il est injuste que le créancier rende illusoire le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal, recours sur lequel il a certainement compté. Pothier, se plaçant dans l'hypothèse où

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 557.

plusieurs personnes ont cautionné la même dette, décide pour le cas où le créancier aurait fait remise de leur engagement à quelques-unes d'entre elles que les autres sont déchargés : « La raison de cette décision est que lorsque plusieurs personnes se rendent ensemble cautions pour un débiteur principal, elles comptent sur le recours qu'elles auront les unes contre les autres; ce n'est que dans cette confiance qu'elles contractent leur engagement, qu'elles n'auraient pas contracté sans cela; il n'est donc pas juste que le créancier les en prive par son fait (1).

Le Code civil a marché sur les traces de cet ancien droit; la subrogation, qui s'opère maintenant de plein droit au profit de la caution (article 2029) oblige-t-elle le créancier à conserver intactes à la caution les actions qui lui seront plus tard transmises *ipso jure*? Le rapprochement des articles 2029 et 2037 est une preuve évidente du contraire, à moins de voir dans l'article 2037 un texte inutile. Mais quel est le fondement de la déchéance écrite dans cet article? Est-ce comme dans l'ancien droit un motif d'équité? Non. Le Code civil a supposé que la caution ne consentait à garantir la dette qu'en considération des sûretés attachées à la créance, dans l'espérance d'y trouver un remboursement complet. Il est intervenu entre le fidéjusseur et le créancier un contrat tacite : le fidéjusseur a garanti le paiement à l'échéance, mais de son côté le créancier s'est engagé à conserver ses actions qui permettront à la caution de rentrer dans

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 557.

ses débours. La subrogation est donc la seule condition de l'engagement de la caution. M. Labbé explique la disposition de l'article 2037 « par ce motif que, d'après la bonne foi, qui pénètre tous les contrats en droit français, le créancier ne doit point par son fait nuire à la caution en lui enlevant les sûretés du recours qu'elle *peut et espère exercer* (1). »

Les orateurs du Gouvernement et du Tribunat ont donné, lors du vote de l'article 2037, des explications qui, n'en déplaise à M. Troplong, sont fort précises et qui concordent parfaitement avec l'explication que nous donnons de l'exception de cession d'actions. Treilhard, au corps législatif, déclare que « les hommes ne traitent ensemble que dans l'espoir légitime que leurs engagements respectifs seront exécutés ; et toute transaction serait bientôt suspendue si une confiance mutuelle ne rapprochait pas les citoyens pour leur commun intérêt (2) ». « Le paiement fait au créancier devait opérer une subrogation de droit au profit de la caution : le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre quand par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation (3). » Chabot dans son rapport au Tribunat exprime la même idée : « Quand le créancier s'est mis hors d'état de faire à la caution la subrogation de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée. Alors elle n'aurait plus un recours aussi assuré contre le débiteur et il est juste

---

(1) Labbé, note sous S., 87, 4, 5.

(2) Fenet XV, page 37.

(3) Fenet, XV, page 45.

que le créancier, s'il veut la contraindre à lui payer la dette, lui confère tous ses droits contre le principal obligé (1). » Le tribun Lahary, dans la discussion devant le corps législatif s'exprime ainsi : « Le fidéjusseur doit sans doute s'interdire tout ce qui pourrait compromettre la garantie de l'obligation qu'il a cautionnée. Mais, de son côté, le créancier ne doit-il pas s'interdire aussi tout ce qui tendrait à ravir au fidéjusseur les moyens d'être indemnisé du cautionnement qu'il a fourni. C'est pour maintenir entre eux ce devoir de réciprocité que le projet décharge le fidéjusseur de son obligation, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur (2). »

Telles sont les déclarations formelles que nous rencontrons dans les travaux préparatoires du Code civil, toutes ont trait aux devoirs réciproques du créancier et de la caution, c'est donc qu'un contrat tacite est intervenu entre eux. Et cette convention peut être présumée, non seulement parce que la caution rend un service gratuit, non seulement parce qu'elle est intéressée à la subrogation, mais parce que le créancier est averti, par la qualité même de la caution du rôle désintéressé qu'elle joue. Le nom qu'elle porte renseigne le créancier qui, dès lors, est au courant de ses obligations. Il sait que ce débiteur accessoire ne s'est obligé que dans l'espérance d'être subrogé dans ses droits et actions et qu'en échange de cette garantie il

---

(1) Fenet, page 59.

(2) Fenet, page 87.

doit lui conserver un recours intact. C'est là une considération de première importance qui sera pour nous la clef de bien des difficultés.

Telle est l'opinion la plus généralement admise sur l'origine de l'article 2037. Ce ne sont plus seulement, comme au temps de Pothier, de vagues considérations d'équité ; on est allé plus loin, on a précisé, on a supposé un contrat tacite intervenu entre le créancier et la caution ; le cautionnement actuel est alors devenu, dans cette mesure seulement, un contrat à peu près analogue au *mandatum pecuniæ credendæ* des Romains ; si bien que l'on peut admettre avec Pothier, mais en n'oubliant pas qu'il s'agit ici d'un accord tacite, que la décharge de la caution écrite dans l'article 2037 a pour cause ce principe : « que lorsque nous avons contracté des obligations réciproques, je ne suis pas recevable à vous demander l'exécution de la vôtre, lorsque, par ma faute, je manque à la mienne (1). » C'est en ce sens également qu'il faut entendre l'explication de l'article 2037 donnée par M. Laurent (2) d'après laquelle l'article 2037 ne contient qu'une application de ce principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Il ne peut s'agir ici que de la convention tacite dont nous avons parlé plus haut ; il est évident que M. Laurent n'a pas voulu ranger le cautionnement parmi les contrats synallagmatiques ; il est de sa nature essentiellement unilatéral ; personne n'a d'ail-

---

(1) Pothier. *Obligations* n° 557.

(2) Laurent. *Droit civil*, XXVIII.

leurs songé à exiger pour le cautionnement la formalité des doubles de l'article 1325. C'est plutôt un contrat conditionnel qu'un contrat synallagmatique proprement dit. La caution est obligée, sous la condition que le créancier ne la privera pas du bénéfice de la subrogation ; celui-ci acquiert en conséquence un droit conditionnel qui ne se parfera pas si la condition à laquelle il est subordonné manque de s'accomplir ; mais il n'est pas obligé proprement dit.

La solution que nous avons donnée sur le fondement juridique de l'exception de cession d'actions est en harmonie avec le texte même de l'article 2037. « La caution est déchargée lorsque la *subrogation*... ne peut plus par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution. » En écrivant ces mots le législateur aurait songé au bénéfice de discussion ? la première pensée qui vient à la seule lecture de ce texte est que sa disposition a rapport à la subrogation et non pas à la discussion. « Le sens qui se présente le plus naturellement et le premier à la simple lecture d'un texte est rarement inexact ; car le législateur ne s'exprime pas de manière à n'être compris que des jurisconsultes les plus expérimentés ; il prend soin, au contraire, de choisir des formules dont le sens soit accessible à toutes les intelligences (1). »

Elle est conforme aussi à l'équité naturelle et à l'intention des parties. Lorsqu'une personne cautionne une dette solidement garantie par des sûretés efficaces, on peut affirmer qu'elle a considéré en s'engageant

---

(1) Mourlon, *de la subrogation*, page 485.

que sa fortune ne sera pas diminuée et que le paiement qu'elle pourra faire ne sera qu'une avance. Elle a entendu prendre à sa charge les cas fortuits, résultant par exemple de la perte ou de la détérioration des biens du débiteur principal, mais elle n'a pas entendu garantir la détérioration résultant du fait du créancier, elle ne lui a pas dit: « Disposez de vos garanties à votre gré, je prends à ma charge les conséquences de vos actes de négligence ou de libéralité. » Une caution compte que le créancier fera ce que font tous les créanciers, c'est-à-dire qu'il sera sinon diligent, tout au moins qu'il n'abandonnera pas volontairement ses garanties, « car une telle éventualité est trop en dehors des habitudes des créanciers pour entrer dans les prévisions des parties. » Elle a compté sur la subrogation que l'article 2029 a établie à son profit; son attente est légitime, l'équité naturelle serait blessée si le créancier était maître de dissiper capricieusement les garanties qui ont déterminé son intervention.

Enfin, notre interprétation de l'art 2037 est en harmonie avec l'esprit général de la loi. Quel était le problème à résoudre ? protéger la caution d'une façon très efficace qui la détermine à intervenir, sans pour cela diminuer les sûretés du créancier.

Notre solution résout très heureusement le problème puisqu'elle ne nuit pas au créancier et l'oblige seulement à ne pas renoncer à ses sûretés au préjudice de la caution, tout en accordant à la caution une garantie suffisante : elle est subrogée aux droits du créancier et déchargée si cette subrogation ne peut plus avoir lieu par le fait du créancier.

Il nous reste maintenant, après avoir établi, d'après l'ancien droit, les travaux préparatoires du Code civil et les principes généraux du cautionnement, quel est le véritable fondement juridique de l'article 2037, à réfuter la théorie enseignée par M. Troplong.

Disons tout d'abord que ce système est en contradiction flagrante avec le texte même de l'article : « la caution est déchargée lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer. » Le législateur motive lui-même sa solution, pourquoi batailler, puisque le sens littéral des actes est en harmonie avec l'esprit général de la loi et les précédents historiques.

Il est vrai que M. Troplong prétend que ces précédents historiques sont en sens contraire et notamment que la nouvelle 4 de Justinien, en introduisant le bénéfice de discussion, a obligé le créancier à ne plus céder ses actions telles quelles mais à les conserver intactes. Cette conséquence de la nouvelle 4 n'est écrite dans aucune des lois romaines. C'est en vain que dans tout le droit romain on chercherait la trace de cette étroite corrélation que voit M. Troplong entre le bénéfice de discussion et l'*exceptio cedendarum actionum*. Tout au moins M. Troplong ne cite aucun texte ; M. Mourlon au contraire en cite plusieurs (1) desquels il résulte que le bénéfice de discussion n'a pas eu pour conséquence d'imposer au créancier l'obligation de maintenir intactes ses actions pour en faire une cession utile à la caution. C'est notamment la loi 15 § 1 au Digeste

---

(1) Mourlon, *Subrogation*, page 495.

*De fidejussoribus* (1). Ce texte a rapport au bénéfice de division introduit par Adrien, bien plus avantageux que le bénéfice de discussion de Justinien, en ce sens qu'une fois la division obtenue par le fidéjusseur, le créancier ne pouvait se retourner contre lui, alors même que les autres deviendraient par la suite insolubles; tandis que, sous Justinien, le créancier pouvait revenir contre le fidéjusseur qui avait opposé l'exception de discussion, si depuis la *litis contestatio* le débiteur était devenu insolvable. Le bénéfice de division d'Adrien, si favorable à la caution, n'imposait pas au créancier l'obligation de ne rien faire qui pût le rendre inefficace. La loi 15 en effet nous dit que le créancier qui a libéré un des deux fidéjusseurs, peut agir pour le tout contre l'autre. Il en serait autrement du bénéfice de discussion de la novelle 4 ? La novelle de Justinien n'a fait qu'une chose : permettre au fidéjusseur poursuivi de renvoyer le créancier à la discussion des biens du débiteur principal. Elle a tout simplement accordé à la caution un moyen dilatoire d'échapper aux poursuites.

Le droit romain invoqué par M. Troplong à l'appui de sa thèse fournirait bien plutôt un argument en notre faveur puisque dans le *mandatum pecuniæ credendæ* et dans la *fidejussio indemnitis*, bien avant l'introduction du bénéfice de discussion, le créancier avait l'obligation de conserver intactes ses actions pour les transmettre à la caution. L'exception *non adimpleti contractus* qu'opposait le *mandator* ne s'expliquait

---

(1) D., XLVI, 4.

certes pas alors par le bénéfice de discussion qui n'existait pas encore, mais bien par ce fait que la cession d'actions était la condition de l'engagement de la caution et que le créancier manquait à la bonne foi en la rendant illusoire et par ce principe de droit que le mandataire devait céder au mandant tout ce qu'il avait acquis en exécution du mandat. Et c'est, nous l'avons vu, les règles du *mandatum pecuniæ credendæ* que notre ancien droit a suivies.

M. Troplong insiste sur cet argument que si le créancier était maître de se départir volontairement des sûretés que lui a promises le débiteur, ce serait rendre impossible la discussion des biens de ce débiteur et par là rendre illusoire le bénéfice accordé à la caution par l'article 2021. Sans doute, cette affirmation est exacte, il est certain par exemple que si le créancier renonce à une hypothèque sur les biens du débiteur, hypothèque qui garantissait son paiement intégral, et qu'il n'obtienne ainsi qu'un paiement partiel qui l'oblige à demander le surplus à la caution, il est certain qu'une telle renonciation compromet dans une certaine mesure le bénéfice de discussion de la caution. Mais ne peut-on pas faire un raisonnement analogue pour le bénéfice de subrogation ? Ne peut-on pas dire que cette renonciation rend illusoire la subrogation aux droits et actions du créancier ? Les articles 1251 et 2029 accordent à la caution le bénéfice de subrogation. Nous avons vu que le simple droit de subrogation, en l'absence du complément que lui donne l'article 2037 obligeait simplement le créancier à céder ses actions. Rien de plus. Pourquoi en serait-il autrement du béné-

fice de discussion, pourquoi le créancier n'aurait-il pas suffisamment rempli son obligation en discutant les biens du débiteur sur lesquels portent ses garanties au moment de la demande, sans s'inquiéter s'il a consenti à les restreindre? Pourquoi le créancier pourrait-il impunément porter atteinte au bénéfice de subrogation, tandis qu'il ne pourrait en aucune façon diminuer l'efficacité du bénéfice de discussion. On ne voit vraiment pas les motifs de décider autrement dans un cas que dans l'autre (1).

Une comparaison rapide entre le bénéfice de discussion et l'exception de l'article 2037 suffit pour admettre que ces deux faveurs ne peuvent être dépendantes l'une de l'autre. Le bénéfice de discussion est dilatoire, il ne fait que retarder l'action du créancier contre la caution. L'exception *cedendarum actionum* est peremptoire, elle décharge définitivement la caution. De plus l'exception de discussion n'est pas de l'essence du cautionnement, bien des cautions y renoncent, expressément ou tacitement; la décharge écrite dans l'article 2037 est au contraire de l'essence du contrat de cautionnement, toute caution a entendu, en s'engageant, que le créancier s'interdira tout acte qui pourrait compromettre son recours (2).

Au surplus, les conséquences auxquelles conduit le système de M. Troplong suffisent à le faire écarter. Si vraiment l'exception *cedendarum actionum* est essentiellement dépendante du bénéfice de discussion, il faut

---

(1) Voir Gauthier, *De la subrogation des personnes*.

(2) Voir article de M. Fournier (*Revue critique*, 1887, 16).

décider que le créancier pourra, sans crainte de se voir opposer la déchéance de l'article 2037, donner mainlevée des hypothèques qui frappent des biens aliénés par le débiteur. En effet, aux termes de l'article 2023 la caution qui requiert la discussion ne doit pas indiquer les biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur ; il faut décider également que la renonciation à des hypothèques sur les biens, même encore en la possession du débiteur, mais situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ne tombe pas sous le coup de l'article 2037, puisque ces biens ne peuvent être compris dans une réquisition de discussion. Sont-ce là des conséquences admissibles ? Il faudrait encore conclure du même principe que le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (si toutefois il jouit du bénéfice de l'article 2037, question que nous examinerons ultérieurement) pourra invoquer l'exception de cession d'actions si l'hypothèque est générale, tandis qu'il ne le pourra pas si elle est spéciale, car, dans ce dernier cas, il ne jouit pas du bénéfice de discussion. Enfin, nous devrions admettre également que l'article 2037 est inapplicable aux cautions auxquelles la loi n'accorde pas le bénéfice de discussion, et que la caution solidaire, la caution judiciaire et la caution commerciale de même que la caution qui a expressément renoncé à ce bénéfice, sont complètement à la merci du créancier. « Que reste-t-il donc de la règle de l'article 2037, dit M. Gauthier (1), si la règle si simple,

---

(1) Gauthier, *De la subrogation des personnes*, page 537.

si claire, si générale qu'il renferme, n'est plus dans une foule de cas, qu'une espérance trompeuse que la loi aurait fait luire aux yeux de la caution, si à côté du sens que cette loi a pour tout le monde, elle renferme comme certains oracles, un sens caché et mystérieux qu'il n'est donné qu'à un petit nombre d'initiés de pénétrer. »

Est-il besoin, pour ruiner complètement le système de M. Troplong, de signaler les inconséquences et les contradictions dans lesquelles cet auteur est tombé ? Nous ne citerons que les principales. D'après M. Troplong, les rédacteurs du Code « n'ont pas mis le doigt sur la source la plus reculée (1) » de l'article 2037, c'est-à-dire qu'ils ne l'expliquent pas par le bénéfice de discussion introduit par la novelle 4 de Justinien. Or, dans tout le cours de son commentaire, il raisonne comme si le fondement de l'article 2037 était le bénéfice de discussion. N'est-ce pas donner à la loi un sens qui n'était pas dans l'esprit du législateur. Comment admettre que l'art. 2037 est le corollaire de l'art. 2021 puisque ses auteurs n'ont pas vu l'étroite corrélation qui les unit. D'un autre côté, le système de M. Troplong, appliqué au cas où la dette est garantie par deux fidéjusseurs ayant renoncé au bénéfice de division, conduirait à décider, si le créancier avait fait remise du cautionnement à l'un deux, que l'autre n'est pas déchargé, puisque le bénéfice de discussion est resté intact. Cependant, M. Troplong repousse cette consé-

---

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 538.

quence (1) et se trouve ainsi en contradiction avec lui-même.

Fort heureusement le système proposé par M. Troplong n'a pas eu de nombreux partisans ; mettant à part Casaregis, Deluca, auteurs fort recommandables sans doute, mais à coup sûr peu connus, il n'y a guère que ce célèbre magistrat qui ait osé soutenir une doctrine en contradiction flagrante avec l'histoire et les principes généraux de la loi, qui restreint d'une telle façon la sphère d'application de l'article 2037 qu'on pourrait y voir une disposition inutile.

---

---

(1) Troplong, *Du cautionnement*. Nos 553 et suivants.

## CHAPITRE I I

---

### Qui peut invoquer l'article 2037.

---

C'est en examinant cette question que nous verrons tout l'intérêt pratique qu'il y a à donner à l'exception de l'article 2037, le bénéfice de subrogation et non pas le bénéfice de discussion pour fondement juridique. Nous nous proposons d'examiner successivement si la caution pure et simple, la caution solidaire, les co-débiteurs solidaires, le tiers détenteur, la caution réelle, les endosseurs d'un effet de commerce peuvent se prévaloir de l'exception de subrogation.

#### § 1. — CAUTION PURE ET SIMPLE.

La caution pure et simple peut évidemment invoquer le bénéfice de l'article 2037 ; « la caution est déchargée », dit le texte ; c'est pour elle avant tout que la loi est faite, la controverse n'est pas possible.

Mais que décider pour le cas où la caution simple a renoncé expressément au bénéfice de discussion,

comme c'est devenu de style aujourd'hui dans les contrats de cautionnement? La question n'embarasse pas M. Troplong : la décharge de la caution étant fondée sur ce principe que le créancier ne peut pas compromettre par son fait le bénéfice de discussion, la caution simple, en renonçant expressément à son droit de renvoyer le créancier à la discussion des biens du débiteur principal, a renoncé par cela même implicitement à se prévaloir de l'article 2037. Pour nous au contraire, qui ne voyons aucun lien entre le bénéfice de discussion et l'article 2037, nous décidons que la renonciation expresse de la caution au droit d'invoquer ce bénéfice laisse intact son droit de se prévaloir de l'exception de cession d'actions. Pour elle comme pour la caution pure et simple qui n'a fait aucune renonciation, la subrogation aux droits et actions du créancier a été une condition essentielle à son engagement ; elle y a même compté plus qu'une autre puisqu'elle a consenti à ne pas se prévaloir de l'article 2024 ; c'est donc que dans sa pensée les articles 1251 et 2029 lui suffisaient pour se faire rembourser intégralement. Est-il juste de lui enlever sa seule sauvegarde? Tous les auteurs sont d'ailleurs d'accord avec nous.

## § 2. — CAUTION SOLIDAIRE.

La controverse est par contre très vive au sujet de la caution solidaire ; elle a un intérêt considérable, au point de vue des pratiques actuelles du notariat et du commerce, car le cautionnement solidaire constitue aujourd'hui la forme usuelle de la fidéjussion. Très

grave est donc la question de savoir s'il faut accorder ou refuser à la caution solidaire le bénéfice de l'article 2037.

La caution solidaire est celle qui, en s'engageant, renonce aux bénéfices de division et de discussion ; le créancier peut diriger ses poursuites contre elle sans être obligé de s'attaquer tout d'abord au débiteur principal.

M. Troplong, fidèle à son principe, refuse formellement d'accorder à la caution solidaire le bénéfice de l'article 2037. En s'engageant solidairement, la caution a renoncé implicitement au bénéfice de discussion, le créancier est donc libre de compromettre les garanties promises par le débiteur principal, de rendre illusoire le bénéfice de discussion dont la caution a déclaré ne pas vouloir se prévaloir. La caution aurait mauvaise grâce à demander sa décharge. « Le fidéjusseur solidaire a-t-il oui ou non le bénéfice de discussion, s'écrie M. Troplong (1) ? Et s'il ne l'a pas comment peut-on s'imaginer qu'il peut se prévaloir de la disposition de l'article 2037 fondée toute entière sur le droit que le bénéfice de discussion donne au fidéjusseur. » A l'appui de sa théorie, M. Troplong invoque l'autorité de Casaregis « toujours si grave en matière de commerce, » et cite quelques arrêts des Cours de Limoges, Rennes, Rouen, Bourges, Colmar, Agen et Bruxelles (2).

Une autre opinion diamétralement opposée ne fait aucune distinction entre la caution simple et la caution

---

(1) Troplong, *Du cautionnement*, N° 560.

(2) Troplong, *Du cautionnement*, N° 559.

solidaire et décide que toutes deux peuvent invoquer le bénéfice de l'article 2037; elle a pour elle la très grande majorité des auteurs. La jurisprudence actuelle est également très ferme en ce sens, tous les arrêts rendus sur la question assimilent à ce point de vue la caution simple et la caution solidaire. C'est là la vraie solution, la seule qui soit conforme au caractère du cautionnement solidaire.

Nous avons, précédemment, essayé de démontrer le mal fondé de la théorie de M. Troplong « véritable lit de Procuste qui subordonne impitoyablement au bénéfice de discussion, le droit d'invoquer l'article 2037. » Nous ne voulons pas y revenir. Un petit nombre d'arrêts, cités par cet auteur, consacrent, il est vrai, cette manière de voir (1) mais ils sont fort anciens et restent isolés parmi les nombreux arrêts (2), plus récents, qui adoptent une solution opposée.

---

(1) Rouen, 7 mars 1818 (S., 19, 2, 72); Limoges, 21 mai 1835 (S., 35, 5, 455); Rennes, 19 mars 1844 (Dall., Rep., V<sup>o</sup> Cautionnement p. 414); Colmar, 16 juin 1821 (Dall., Rép., V<sup>o</sup> Cautionnement, p. 416); Bruxelles, 13 novembre 1818 (Dall. Rep, V<sup>o</sup> Cautionnement, page 416); Agen, 10 juillet 1837 (S., 39, 2, 291.)

(2) Cassation, 17 août 1836 (S., 36, 4, 631). — 19 mai 1838 (S., 38, 1, 550). — 41 juin 1841 (S., 41, 1, 465). — 20 mars 1843 (S., 43, 1, 455). — 9 janvier 1849 (S., 49, 1, 278). — 8 mai 1850 (S., 50, 1, 597). — 16 mars 1852 (S., 52, 1, 103). — 23 février 1857 (S., 57, 1, 359). — 19 janvier 1863 (S., 63, 1, 487). — Bordeaux, 19 janvier 1822 (S., Chr.). — Pau, 3 janvier 1724 (S., Ch.). — Caen, 18 mars 1828 (S., Chr.); Limoges, 28 mars 1844 (S., 44, 2, 443); Amiens, 25 mars 1847 (S., 47, 2, 337). — Orléans, 3 avril 1851 (S., 51, 2, 255); Rouen, 5 novembre 1887; Pau, 7 mars 1889 (sous Cassation civ., 19 janvier 1892) (S., 92, 1, 265; Nancy, 19 février 1858 (S., 58, 2, 444); Toulouse, 2 mai 1859 (S., 59, 2, 446); Pau, 4 janvier 1884 (S., 86, 2, 90).

Il ne manque pas, en effet, de bonnes raisons pour accorder à la caution solidaire le bénéfice de l'article 2037. Un premier motif invoqué par certaines décisions de jurisprudence, notamment par l'arrêt de Cassation du 14 juin 1841, est que la loi, dans l'article 2037, n'établit aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire : « la caution est déchargée, » dit le texte. Pourquoi distinguer ?

M. Troplong n'est pas sans attaquer cette jurisprudence, en opposition directe avec son système ; il lui réserve ses critiques les plus amères : « Ces raisons de texte, si crues et si matérielles sont désespérantes. Si la loi devait toujours être interprétée de cette façon machinale, il y aurait autant d'inconvénients que d'avantages dans les Codes écrits. La jurisprudence ne serait plus un art ; autant vaudrait faire comme nos simples et grossiers aïeux qui, pour terminer leurs différends, choisissaient pour leur juge le premier passant qui se présentait à eux sur la voie publique. Un point de droit n'est solidement établi dans la science, qu'autant que la lettre d'un article est d'accord avec l'esprit de la loi. Citer le texte seul, sèchement et judaïquement, c'est prendre la moitié la moins décisive de l'autorité et négliger la meilleure (1). »

Sans doute, nous sommes d'accord avec M. Troplong pour repousser une interprétation qui s'arrête servilement à la lettre du texte et néglige d'en pénétrer l'esprit. Mais n'est-il pas aussi dangereux, sous prétexte d'avoir deviné la pensée du législateur, de subs-

---

(1) Troplong, *Du cautionnement*, N° 558.

tituer arbitrairement au sens littéral d'une disposition, des distinctions plus ou moins ingénieuses? L'article 2037 est placé sous la rubrique « de l'extinction du cautionnement » et fait partie d'une série de dispositions qui s'appliquent tout aussi bien à la caution simple qu'à la caution solidaire. L'article 2029, qui accorde à la caution le bénéfice de subrogation, est tout aussi général, il dispose d'une façon identique : « la caution » sans préciser. A-t-on jamais soutenu que l'article 2029 ne s'appliquait pas à la caution solidaire? Pourquoi alors décider autrement dans un cas que dans l'autre, surtout lorsque les principes mêmes du cautionnement solidaire s'opposent à toute distinction?

La caution s'est soumise à la solidarité, en quoi sa condition juridique est-elle changée? Elle a donné au créancier un droit de poursuite plus énergique en ce sens qu'il n'est pas obligé de diviser son action s'il y a plusieurs cautions solidaires, ni de discuter préalablement les biens du débiteur principal, c'est là le seul changement apporté à sa condition juridique. S'en suit-il qu'elle ne puisse opposer l'exception de cession d'actions? N'y a-t-il pas, au contraire, un *a fortiori* pour le lui accorder? N'est-ce pas surtout dans cette hypothèse qu'elle en a besoin et qu'elle en a dû y compter, et qu'il y a lieu de supposer un contrat tacite entre la caution qui s'engage et le créancier qui promet de lui conserver ses actions? La caution solidaire a renoncé aux bénéfices de division et de discussion, c'est qu'elle a estimé que le bénéfice de subrogation de l'article 2029 lui suffisait pour entrer dans ses fonds.

Vis-à-vis d'elle, comme vis-à-vis de la caution simple le créancier manque à ses engagements en rendant la subrogation impossible, l'article 2037 doit s'appliquer.

En promettant la solidarité, la caution n'en reste pas moins un débiteur accessoire qui n'est tenu que pour le cas où le débiteur principal ne satisfait pas à son obligation, son caractère n'a pas changé, c'est toujours une personne qui n'est pas intéressée à la dette et qui s'est obligée par bienfaisance. « La caution, dit l'arrêt de la Chambre des requêtes du 20 mars 1843 (1), n'est pas débitrice directe ; elle n'est tenue de l'obligation que pour le cas où le débiteur n'y satisfait pas lui-même ; la solidarité ne change ni la nature de l'obligation, ni les conséquences qui en résultent ; la caution solidaire est seulement privée du bénéfice de discussion. » Dans un autre arrêt, du 18 juillet 1866 (2), la Cour de cassation a exprimé la même idée : « Il importe peu d'ailleurs que le cautionnement soit solidaire ; puisque cette solidarité ne change pas sa nature. » M. Troplong lui-même est de cet avis : « La solidarité (promise par la caution) ne change rien à cette situation, tirée de la nature des choses et proclamée par la puissance des mots » (3). Si donc la caution solidaire n'en reste pas moins caution, nous pouvons dire, comme pour la caution simple, que le nom qu'elle porte renseigne le créancier sur le rôle désintéressé qu'elle joue et que sa qualité l'avertit des

---

(1) S., 42, 1, 455.

(2) S., 66, 4, 438.

(3) Troplong, *Du cautionnement*, N° 522.

obligations qu'il a à remplir vis-à-vis d'un coobligé de cette nature. Le créancier, en présence de la caution, même solidaire, sait qu'il a en face de lui un débiteur accessoire qui rend un service d'ami et qui n'est pas intéressé à la dette; il sait qu'il a vis-à-vis de lui l'obligation de conserver intactes les sûretés promises par le débiteur principal, la seule sauvegarde de la caution solidaire.

Les quelques arrêts qui ont statué en sens contraire et que nous avons cités plus haut, prétendent au contraire que la solidarité promise par la caution change le caractère propre de ce contrat et transforme la caution en un débiteur solidaire. Ces arrêts s'appuient sur l'article 2821 qui décide expressément que si la caution a renoncé au bénéfice de discussion ou si elle s'est engagée solidairement avec le débiteur, « l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ». D'après cet article la caution solidaire est assimilée, vis-à-vis du créancier, à un débiteur solidaire. Or, l'article 2037 accorde bien l'exception de cession d'actions à la caution, mais il ne parle pas du débiteur solidaire, par conséquent cet article ne s'applique pas à la caution solidaire (1).

Ce serait fort mal interpréter l'article 2021 que lui donner une semblable portée. Remarquons, avec M. Gauthier, dans son traité de la *Subrogation de*

---

(1) La question de savoir si le débiteur solidaire peut invoquer l'article 2037 est également controversée. Nous l'examinerons plus loin.

*personnes* quelle est l'économie de l'article 2021. Cet article commence par poser en principe que « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur », et, en conséquence, il oblige le créancier à discuter préalablement le débiteur dans ses biens, à moins que la caution ait renoncé au bénéfice de discussion ou ne se soit obligée solidairement avec le débiteur principal. La loi ajoute : « Auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ». Qu'est-ce à dire ? Ces expressions, comme le dit fort bien M. Troplong (1) ne doivent être entendues que *secundum subjectam materiam* ; elles n'ont trait qu'à la règle proclamée en tête de l'article, au bénéfice de discussion, auquel la caution renonce en promettant la solidarité. Le créancier peut poursuivre la caution solidaire sans avoir à discuter préalablement le débiteur principal, comme au cas de deux débiteurs solidaires. A ce point de vue la situation de la caution solidaire est comparable à celle du débiteur solidaire : absence de bénéfice de discussion, mais à ce point de vue seulement, et c'est là toute la portée de la loi. De ce que la caution solidaire est comparable, dans un cas particulier au débiteur solidaire, il ne s'en suit pas qu'elle lui soit semblable dans tous les autres. De ce que la caution solidaire ne peut, comme le débiteur solidaire, demander la discussion du débiteur principal, il n'en résulte pas que le caractère essentiel de son engagement se soit effacé, et que

---

(1) Troplong, *Du cautionnement*, N° 522.

de débitrice pour autrui la caution soit devenue débitrice pour son propre compte.

La caution solidaire ne saurait être assimilée au débiteur solidaire; des différences considérables les séparent. Le caractère essentiel de l'obligation du débiteur solidaire, est d'être directe et principale; il s'est obligé pour lui-même, il est présumé au moins vis-à-vis du créancier être intéressé à la dette, il n'a pas escompté la subrogation légale. Au contraire, la caution, même solidaire, demeure une caution, c'est-à-dire un débiteur accessoire; si elle a renoncé au bénéfice de discussion, elle n'en devient pas pour cela un débiteur principal, elle reste toujours un fidéjusseur, c'est-à-dire un obligé pour autrui, pour le cas où le débiteur principal ne satisferait pas lui-même à son obligation. Si le créancier, pour mieux assurer le paiement à l'échéance et éviter les retards de la discussion a exigé que la caution se soumit à la solidarité, ne doit-il pas conserver à la caution la seule prérogative à laquelle elle n'ait pas renoncé, le bénéfice de l'art 2037? M. Troplong lui-même, qui a refusé à la caution solidaire le droit d'invoquer l'article 2037 n'a pas confondu les deux situations, celle du débiteur solidaire et celle de la caution solidaire: « Le cautionnement est par son essence un contrat accessoire... Si la stipulation de solidarité est une preuve manifeste et directe que le fidéjusseur a renoncé au bénéfice de discussion, elle ne prouve pas le moins du monde qu'il ait renoncé à son rôle de débiteur accessoire. » La Cour de Lyon, dans son arrêt du 20 août 1859 (1) a adopté la même

---

(1) D., 59, 2, 206.

solution: « Attendu, dit la Cour, que le cautionnement est un contrat de bienfaisance... Attendu que l'on ne peut confondre la caution solidaire qui ne reçoit rien avec un débiteur solidaire qui reçoit tout ou partie des sommes prêtées... » La Cour de cassation le 20 juin 1843 (1) avait déjà nettement séparé les deux situations. C'était aussi l'opinion de Pothier (2) il est probable que le Code l'a adoptée.

En résumé, nous accordons à la caution solidaire aussi bien qu'à la caution simple l'exception de cession d'actions. La solidarité qu'elle a promise ne lui enlève pas son caractère de débiteur accessoire, sa renonciation au bénéfice de discussion n'en fait pas un débiteur solidaire. Les termes généraux de l'article 2037 n'autorisent d'ailleurs aucune distinction (3).

### § 3. — CODÉBITEURS SOLIDAIRES

La question de savoir si les codébiteurs solidaires peuvent invoquer l'article 2037 est, comme la précédente, l'objet d'une vive controverse. Deux opinions diamétralement opposées divisent la doctrine, la jurisprudence au contraire s'est très fermement fixée en faveur de la négative.

Il est nécessaire, avant d'entrer dans l'examen approfondi cette question, de bien préciser, par une espèce,

---

(1) Arrêt déjà cité.

(1) *Obligations*, N<sup>os</sup> 408, 416.

(2) Nous donnerions la même solution, pour des motifs analogues, en faveur de la caution judiciaire.

qu'elle est au juste le point discuté. *Primus*, *Secundus* et *Tertius* se sont engagés solidairement envers *Quartus*. *Primus*, outre son engagement personnel, a consenti une hypothèque sur un de ses biens au profit de *Quartus*. Ce dernier laisse, par son fait, périmer l'inscription hypothécaire, et s'attaque à *Secundus* auquel il demande un paiement intégral. *Secundus* peut-il répondre au créancier : « L'article 1251, 3<sup>e</sup>, du Code civil, m'accordait la subrogation à l'hypothèque que *Primus* vous a consentie, vous avez par votre fait rendu impossible cette subrogation, je ne vous paierai la somme promise que déduction faite de la part de *Primus* contre qui je ne peux plus recourir ? » Ou bien le créancier peut-il dire à *Secundus* : « J'ai le droit de vous demander la totalité de la dette, l'article 2037 ne vous est pas applicable ? »

Lequel des deux a raison, de *Secundus* ou du créancier, c'est la question que nous avons à examiner.

Un premier groupe d'auteurs, parmi lesquels on peut ranger Merlin, Delvincourt, Toullier, Duranton, Ponsot et Mourlon, décident que le débiteur solidaire peut se prévaloir de la disposition de l'article 2037 et invoquent, entre autres arguments, l'opinion de nos anciens auteurs qui accordaient au codébiteur solidaire l'*exception cedendarum actionum*. Pothier, en effet, s'exprime ainsi : « Lorsque plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total, que dans la confiance qu'elles pourront avoir recours contre les autres en payant le total. C'est pourquoi lorsque le créancier les a privées de ce

recours en se mettant par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions contre l'un d'eux, qu'il a déchargé, il ne peut plus être recevable à agir solidairement contre les autres, si ce n'est sous la déduction de la portion pour laquelle ils auraient eu recours contre celui qu'il a libéré (1).» Dans une autre partie de son traité (2), Pothier est encore plus affirmatif : « Ce n'est que sous la charge tacite de cette cession d'actions qu'ils se sont obligés solidairement et, par conséquent, le créancier n'a droit d'exiger d'eux le total qu'à la charge de cette cession d'actions... *repellitur exceptione cedendarum actionum*. » Tel est, dit-on, l'ancien droit ; le Code civil n'a pu se séparer de son guide habituel et la preuve en est l'article 1285, qui dispose exactement de la même manière : la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

D'ailleurs, le codébiteur solidaire n'est débiteur principal que pour la part qu'il doit supporter définitivement dans la dette ; pour le surplus, pour la part de ses coobligés, il n'est que leur caution et, par conséquent, doit bénéficier de tous les avantages que la loi accorde aux cautions. Il est même, pour cette part, plus intéressant qu'une caution ordinaire, puisqu'en

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 557.

(2) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 275.

promettant la solidarité, il a renoncé, par avance, aux bénéfices de division et de discussion.

Enfin, le codébiteur solidaire, comme la caution, est subrogé aux droits et actions du créancier qu'il a payé; comme la caution, il a compté sur cette subrogation, c'est en contemplation de ce bénéfice qu'il s'est engagé. Il est juste que le créancier ne l'empêche pas de s'opérer en sa faveur.

Deux arrêts, l'un de la Cour de cassation en date du 13 janvier 1816 (1), l'autre de la Cour de Nîmes en date du 3 décembre 1819 (2), ont sanctionné cette manière de voir. « Il n'y a, dit la Cour de Nîmes, aucune différence à faire entre le débiteur solidaire et la caution, relativement aux portions de la dette pour lesquelles le débiteur solidaire n'est personnellement tenu qu'envers le créancier et dont il doit être remboursé par les codébiteurs, car il n'en est véritablement que la caution solidaire. »

Mais, ces deux décisions sont restées isolées; la jurisprudence est maintenant définitivement fixée en faveur d'une opinion tout à fait opposée, qui refuse formellement au codébiteur solidaire le droit d'invoquer l'article 2037. C'est aussi le système que nous adoptons, parce qu'il nous semble mieux en harmonie avec les caractères essentiels de l'engagement solidaire.

---

(1) S., 46, 4, 327. Cet arrêt n'est intéressant que par ses motifs; la Cour a jugé que l'art. 2037 ne peut être invoqué par le codébiteur solidaire, lorsque le créancier ne lui demande que sa part virile, ce qui n'est pas douteux.

(2) S., 20, 2, 422.

Est-il exact de prétendre que, vis-à-vis du créancier, le codébiteur solidaire doit être assimilé à une caution, pour les parts dont il doit être remboursé par ses codébiteurs? Certainement non. Nous avons déjà essayé de démontrer que les deux situations sont fondamentalement dissemblables : la caution ne s'engage qu'accessoirement, subsidiairement, c'est un fidéjusseur qui répond pour autrui; le codébiteur solidaire s'engage directement, principalement, pour lui-même. La caution fait acte de bienfaisance, d'humanité, elle est désintéressée; le codébiteur solidaire est intéressé à la dette, il s'est engagé pour une affaire qui l'intéresse, lui et ses codébiteurs solidaires, il y a entre eux une espèce de société. Il est vrai que l'affaire pour laquelle ils se sont engagés peut n'intéresser que l'un d'eux et que, dans ce cas, aux termes de l'article 1216, les autres ne doivent être considérés que comme cautions. Peu importe, car ce n'est qu'entre eux, par rapport au codébiteur non intéressé, qu'ils sont cautions, l'article 1216 le dit formellement. Mais vis-à-vis du créancier, ils restent débiteurs solidaires, c'est-à-dire débiteurs en leur propre nom; le créancier ne sait pas si quelques-uns seulement sont intéressés; les conventions qu'ils ont pu faire entre eux ne le regardent pas, c'est pour lui *res inter alios acta*. L'article 1216 doit donc être écarté du débat.

Les partisans de l'opinion que nous combattons prétendent que le codébiteur solidaire, comme la caution, est subrogé aux droits et actions du créancier, que cette subrogation a été la cause déterminante de son engagement et que le créancier n'est pas maître de la

rendre inefficace. Cette affirmation est parfaitement vraie en ce qui concerne la caution ; entre elle et le créancier est intervenu, comme nous l'avons vu, un contrat tacite conditionnel, aux termes duquel la caution ne s'engageait qu'à la condition pour le créancier de conserver intactes les garanties promises par le débiteur principal. Si le créancier manque à son engagement, il est à la fois juste et juridique de décharger la caution. D'ailleurs, comme nous l'avons vu également, lorsque le créancier exige une caution, il sait à quoi il s'engage vis-à-vis de cette caution, il est renseigné par le nom même que porte ce débiteur accessoire, qu'il rend un service absolument désintéressé et qu'il a vis-à-vis de lui des obligations à remplir. Pouvons-nous raisonner de la même façon vis-à-vis du débiteur solidaire ? Sans doute si, comme dans l'ancien droit, on donne pour fondement juridique à l'exception *cedendarum actionum*, un motif d'équité, d'humanité, on est bien tenté de généraliser et d'accorder au débiteur solidaire comme à la caution, le droit de bénéficier de cette exception ; où s'arrêter ? C'est ce qu'a fait Pothier, il a permis au codébiteur solidaire de demander sa décharge lorsque la cession d'actions ne pouvait plus s'opérer. Mais aujourd'hui l'article 2037 n'est plus fondé sur de vagues considérations d'équité, mais bien sur un contrat tacite intervenu entre la caution et le créancier. Une semblable entente peut-elle être supposée entre le codébiteur solidaire et le créancier ? Assurément non, le codébiteur solidaire s'est engagé pour un motif qui, au regard du créancier, doit être réputé intéressé. Si, indépendamment de la solidarité le créan-

cier a exigé d'un des débiteurs solidaires d'autres garanties accessoires, cette circonstance n'est pas de nature à faire supposer que c'est en vue de ces garanties que les autres ont contracté leur engagement. Le créancier, en face d'un débiteur solidaire, n'est pas renseigné sur le véritable rôle de ce coobligé, il ignore s'il n'est intéressé dans la dette que pour partie, il est autorisé à croire que la cause impulsive de son engagement solidaire se trouve dans son intérêt personnel (1).

Qu'on n'objecte pas que la subrogation légale, dont jouit le codébiteur solidaire impose virtuellement au créancier l'obligation de conserver les garanties attachées. Il est aujourd'hui historiquement démontré que l'introduction du bénéfice de subrogation légale n'a eu qu'un effet, celui d'obliger le créancier à céder ses actions au subrogé, mais à les céder telles qu'elles ; nous avons essayé de le démontrer plus haut. C'a été là tout l'effet de la subrogation légale, le même que celui de la subrogation nécessairement expresse de l'ancien droit. Pour la caution, nous avons un texte, l'article 2037 qui ajoute à l'obligation de céder ses actions, celle de les conserver, et c'est parce que nous avons un texte que nous déchargeons la caution si ces actions n'ont pas été conservées. Mais, pour le codébiteur solidaire, aucune disposition semblable n'est écrite, par conséquent, nous devons décider que le créancier n'est pas tenu vis-à-vis du codébiteur solidaire à conserver intactes ses garanties. Vainement, prétendrait-on que

---

(1) Aubry et Rau. Tome IV, p. 35, note 47.

l'article 1285 établit au profit du codébiteur solidaire une décharge analogue à celle que l'article 2037 consacre au profit de la caution. Les deux hypothèses visées par ces articles sont entièrement différentes et on ne conçoit guère comment on a pu jamais les confondre ; l'article 1285 décide que le créancier qui a fait remise de la dette à l'un des codébiteurs solidaires en réservant expressément ses droits contre les autres, ne peut plus poursuivre ces derniers que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. C'est donc une hypothèse de remise de dette qui est prévue par cet article ; la remise de dette équivalant à un paiement effectif, il y a extinction de la dette jusqu'à concurrence de la part de celui qui en a bénéficié ; il est tout naturel de décider que le créancier ne peut plus désormais réclamer que le surplus ; d'ailleurs, si l'on permettait au créancier de réclamer la totalité de la dette aux codébiteurs solidaires non déchargés, ceux-ci ne manqueraient pas d'exercer leur recours contre celui qui a bénéficié de la remise de dette, ce qui rendrait illusoire la libéralité du créancier. Ce n'est certes pas là l'hypothèse prévue par l'article 2037, il ne s'agit pas d'une remise de dette emportant nécessairement extinction de la créance, mais bien de l'extinction ou de la perte de garanties accessoires, privilèges ou hypothèques, dont la disparition n'empêche pas la créance de subsister. Dans l'article 1285 il s'agit d'une renonciation à la créance, dans l'article 2037 d'une renonciation aux garanties.

Un grand nombre d'auteurs partagent notre manière de voir, parmi eux nous citerons Aubry et Rau, Massé

et Vergé, Demolombe, Larombière, Pont, Demante, Laurent, Gauthier. M. Troplong adopte également la même solution, mais pour des motifs différents : subordonnant invariablement le droit d'invoquer l'article 2037 au bénéfice de discussion, il refuse l'exception de cession d'actions au codébiteur solidaire qui est privé de ce bénéfice. Nous savons ce qu'il faut penser de cette théorie, nous n'y reviendrons pas.

La jurisprudence est très ferme sur la question, elle refuse au codébiteur solidaire le droit d'opposer l'exception de cession d'actions (1). L'arrêt de la Chambre des requêtes, du 5 décembre 1843, résume à lui seul toute la jurisprudence, il est intéressant à citer : « Attendu, en droit, que l'obligation contractée solidairement par plusieurs débiteurs ne saurait être confondue avec l'engagement souscrit par une caution, alors même que celle-ci se place dans les liens de la solidarité ; — que le caractère essentiel de l'obligation solidaire, les droits qui en dérivent en faveur du créancier, aussi bien que la nature des actions qui peuvent ultérieurement être exercées par les codébiteurs, les uns contre les autres, répugnent à une assimilation avec l'engagement contracté par la caution ; — que, dans la première de ces obligations la solidarité, surtout lorsqu'elle est le résultat immédiat des

---

(1) Cassation, 5 décembre 1813 (S., 44, 1, 71) ; 13 janvier 1852 (S., 53, 1, 107) ; 3 avril 1861 (S., 61, 1, 589) ; 18 février 1861 (S., 61, 1, 987). — Caen, 30 mars 1833 (S., 35, 2, 338). — Toulouse, 19 mars 1842 (S., 43, 2, 185). — Riom, 2 juin 1846 (S., 46, 2, 370). — Dijon, 30 avril 1847 (S., 47, 2, 602). — Paris, 8 mars 1851 (S., 51, 2, 428). — Bourges, 10 juin 1851 (S., 51, 2, 681).

dispositions de la loi, existe indépendamment des sûretés qui peuvent avoir été ajoutées à l'obligation, et précède souvent la stipulation de ces sûretés accidentelles; — qu'ainsi, il ne serait pas exact de dire qu'elle n'est contractée qu'en vue de ces sûretés et dans la prévision des avantages qu'elles peuvent promettre à celui des débiteurs qui aurait à agir récursoirement contre ses codébiteurs; — qu'il n'en est pas de même du cautionnement solidaire, qui toujours forme une obligation accessoire et subordonnée, dans laquelle la contemplation des sûretés promises peut être regardée comme la cause impulsive de l'engagement de la caution; — que si, dans le premier cas, il convient au créancier de ne pas profiter de ces sûretés, ou de les laisser périr, la solidarité n'en existe pas moins, puisqu'elle ne peut disparaître que par l'effet de la renonciation directe et volontaire de ce créancier, tandis qu'au contraire le créancier qui porte, par son fait, atteinte à ces sûretés, se privant de la faculté d'y subroger la caution, autorise celle-ci à se soustraire aux suites d'un engagement qui n'avait été consenti que dans l'assurance de cette subrogation..... »

Notre conclusion est donc que le codébiteur solidaire ne peut se prévaloir de l'exception de subrogation.

A côté de la question de savoir si le codébiteur solidaire peut invoquer le bénéfice de l'article 2037, il en est une autre non moins importante et qui est la suivante : la caution de l'un des débiteurs solidaires peut-elle opposer l'exception de cession d'actions lorsque le créancier a laissé périr les garanties que lui avaient promises les codébiteurs non cautionnés? Prenons un

exemple : *Primus*, *Secundus*, et *Tertius* sont trois débiteurs solidaires de *Quartus*; *Primus* a de plus fourni une caution et *Secundus* une hypothèque. *Quartus* laisse périmer l'hypothèque que lui a consentie *Secundus* et s'attaque à la caution. Cette dernière peut-elle, invoquant l'article 2037, répondre au créancier : « Si l'hypothèque que vous avez laissé périmer existait encore, j'aurais pu m'en prévaloir en vertu de la subrogation que m'accorde l'article 2029; vous m'avez, par votre fait, empêché de m'en servir, je suis donc déchargée. » En un mot, la caution peut-elle exercer l'action du créancier contre les débiteurs solidaires qu'elle n'a pas cautionnés ?

La doctrine est divisée, trois opinions se sont fait jour; nous allons successivement les examiner.

D'après une première opinion, professée par Trolong, Duranton, Aubry et Rau, Colmet de Santerre, la caution n'est pas subrogée aux droits du créancier contre les codébiteurs solidaires non cautionnés; elle n'a contre ces codébiteurs qu'un recours divisé, du chef du débiteur qu'elle a cautionné.

Ces auteurs invoquent, tout d'abord, à l'appui de leur opinion l'autorité de Pothier : « Lorsque la caution ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires et non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné; elle peut seulement, comme exerçant les droits et actions de son débiteur, exercer

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, N° 441.

celles que ce débiteur, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre eux et de la même manière qu'il les aurait exercées. » Le Code civil a, dit-on, consacré la même solution ; l'article 2030 dispose, en effet, que : « lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé. » Ce qui signifie que la caution qui a répondu pour tous les codébiteurs solidaires est subrogée contre chacun d'eux aux droits du créancier, qu'elle peut, en conséquence, leur demander le paiement total, par l'action solidaire du créancier. *A contrario* nous devons, nécessairement, en conclure qu'elle n'a qu'un recours partiel contre les autres lorsqu'en a cautionné qu'un seul, c'est-à-dire qu'elle n'est pas subrogée aux droits du créancier, ces droits comportant une action solidaire, pour le tout.

A ces arguments de texte on en ajoute un autre, tiré des principes généraux : si la caution de l'un des codébiteurs solidaires était subrogée aux droits du créancier contre les autres codébiteurs qu'elle n'a pas cautionnés, elle pourrait, comme ce créancier agir par l'action solidaire contre chacun d'eux et leur demander un paiement total. Leur situation serait ainsi fortement aggravée : si, en effet, le créancier au lieu de s'attacher à la caution eut poursuivi un des codébiteurs solidaires, celui-ci n'aurait pu leur demander que leur part dans la dette. Le seul fait pour un codébiteur solidaire de s'être adjoint une caution n'a certes pas pu avoir un aussi fâcheux résultat sur la situation de ses codébiteurs. Cette opération a d'ailleurs été pour

eux *res inter alios acta*, ils ne sauraient avoir à en souffrir.

Mais, comme d'autre part, la caution qui a payé ne doit pas supporter à elle toute seule le fardeau de la dette, elle aura un recours contre les autres codébiteurs solidaires, le même qu'aurait eu le codébiteur cautionné si le créancier l'eût poursuivi, c'est-à-dire une action divisée. C'est une application pure et simple de l'art. 1166; la caution qui a payé est devenue créancière du débiteur cautionné, elle a le droit d'exercer, au nom de ce dernier, tous ses droits et actions, mais rien de plus; or, le débiteur cautionné ne pouvait agir contre chacun de ses codébiteurs solidaires que pour leur part dans la dette.

D'autres auteurs, Demolombe, Larombière, Gauthier, sont d'un avis contraire et enseignent que la caution d'un des codébiteurs solidaires est subrogée aux droits du créancier contre les codébiteurs non cautionnés; elle peut recourir pour le tout, non seulement contre celui qu'elle a garanti, mais encore contre chacun des autres.

L'article 2029 est formel, la caution qui a payé la dette est subrogée aux droits du créancier. Quels sont les droits du créancier? agir par l'action solidaire contre chacun des codébiteurs solidaires. La caution d'un codébiteur solidaire a les mêmes droits, elle peut agir pour le tout même contre les codébiteurs qu'elle n'a pas cautionnés. L'article 2030 n'a pas pour but de restreindre l'effet de cette subrogation lorsqu'elle n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs. C'est à tort qu'on en a tiré un argument *a contrario*; l'article 2030

est placé dans une rubrique intitulée : *De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution*; les diverses dispositions contenues sous cette rubrique ne peuvent donc d'avoir pour objet que de régler les effets du contrat entre la caution et le débiteur pour qui elle s'est engagée et non pas de déterminer les droits de la caution vis-à-vis des autres. Il n'y a donc aucune induction à tirer de l'art. 2030.

Pas plus, d'ailleurs, qu'on ne peut tirer argument de l'opinion de Pothier rapportée plus haut; on oublie que ce jurisconsulte raisonnait avec le droit de son époque, qui ne connaissait pas la subrogation légale. La caution qui avait payé n'avait à sa disposition que les actions du débiteur principal, actions qui ne lui donnaient droit qu'à un recours divisé.

Il n'est pas exact non plus de prétendre qu'il n'existe aucun lien entre la caution d'un débiteur solidaire et les autres codébiteurs; elle n'est pas vis-à-vis d'eux un tiers étranger à la dette, comme le prétend Duranton; le contrat de cautionnement n'est pas pour eux *res inter alios acta*, puisque la dette est commune. La caution qui a garanti un seulement des codébiteurs solidaires a virtuellement cautionné tous les autres; Pothier lui-même pense ainsi : « On peut même dire que celui qui s'est rendu caution pour l'un d'entre plusieurs codébiteurs solidaires est aussi, en quelque façon, caution des autres, car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à toutes » (1). Pothier nous fournit donc

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 413.

lui-même des arguments pour combattre l'opinion adverse.

Ajoutons que la caution d'un débiteur solidaire, bien qu'elle n'ait pas cautionné les autres, n'en est pas moins tenue *avec* eux et cette circonstance suffit aux termes de l'article 1251, 3°, pour qu'elle soit subrogée contre eux.

Entre ces deux solutions extrêmes, il y a place à une *media sententia*, à une opinion intermédiaire aux termes de laquelle la caution qui n'a garanti que l'un des débiteurs solidaires et qui a payé la dette tout entière, est subrogée aux droits et actions du créancier contre les débiteurs solidaires non cautionnés; mais elle ne peut agir, par l'action subrogatoire, que pour a part de chacun dans la dette. On aperçoit la différence qui sépare cette solution de la première: comme dans la première la caution n'a droit qu'à un recours divisé, mais voici où les deux systèmes se séparent: dans le premier, la caution, pour exercer ce recours divisé n'est pas subrogée au créancier, elle met en œuvre l'action du débiteur qu'elle a cautionné; dans le système que nous exposons, la caution jouit du bénéfice de subrogation aux droits du créancier pour exercer ce recours partiel contre les codébiteurs non cautionnés.

C'est la théorie admise par la Cour de cassation (1), qu'enseignent Laurent et Mourlon.

Si le créancier, au lieu de poursuivre la caution,

---

(1) Cass., 10 juin 1861 (D., 61, 4, 361), 7 mars 1887 (D., 87, 4, 271), 6 juillet 1896 (S., 97, 4, 5).

s'était attaqué à l'un quelconque des débiteurs solidaires non cautionnés, ce débiteur eût été subrogé aux droits du créancier et aurait pu se retourner, par l'action subrogatoire contre la caution, mais seulement jusqu'à concurrence de la part du débiteur qu'elle a cautionné. Pourquoi, par une juste réciprocité, n'accorderait-on pas le même droit à la caution vis-à-vis des codébiteurs non cautionnés.

On objecte que si la caution était subrogée aux droits du créancier, elle pourrait, comme ce dernier, agir pour le total contre les codébiteurs non cautionnés, ce qui aggraverait leur situation, car si le créancier se fut attaqué à un des codébiteurs et non pas à la caution, le codébiteur poursuivi n'aurait qu'un recours divisé.

L'objection ne porte pas : que ce soit la caution ou un des codébiteurs qui paie la dette, la subrogation s'opère en sa faveur; et s'il était vrai que le subrogé puisse agir pour le tout par l'action du créancier contre l'un quelconque des codébiteurs, la situation des autres codébiteurs serait la même dans les deux cas, puisque la caution ou le codébiteur pourraient recourir contre eux pour le tout. Mais c'est oublier la disposition de l'article 1214 : le codébiteur qui a payé n'a contre ses codébiteurs qu'un recours divisé. L'article 2030 ne reproduit pas expressément cette disposition pour le cas où la caution d'un des codébiteurs solidaires a payé la dette, mais on peut l'en induire. L'article 2029 accorde la subrogation légale à la caution; l'article 2030 qui vient immédiatement après n'a eu certes pas pour but de lui retirer ce bénéfice comme

le prétendent les partisans du premier système, ni de lui laisser ce bénéfice intact comme l'affirment ceux du second. L'article 2030 a maintenu au profit de la caution d'un des codébiteurs solidaires, la subrogation aux droits du créancier contre les codébiteurs non cautionnés; mais il l'a modifié, il l'a restreint, en obligeant la caution à ne recourir, par l'action subrogatoire, que pour la part et portion de chacun. Décider expressément, comme le fait l'article 2030, que la caution qui a garanti tous les codébiteurs a un recours pour le total, en vertu de la subrogation légale, n'est-ce pas décider implicitement que la caution particulière à l'un d'eux n'a, par l'action subrogatoire, qu'un recours divisé?

L'arrêt de la Cour de cassation, du 10 juin 1861, reproduit dans ses motifs toute cette discussion : « Attendu, dit la Cour, qu'aux termes de l'article 1251, 3<sup>o</sup>, la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter; — que ce principe a été admis par l'article 2029, en matière de cautionnement; — que d'après cet article, en effet, la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits du créancier contre le débiteur; — que l'article 2030 n'a rien d'incompatible avec les principes relatifs à la subrogation légale; — qu'il se concilie, au contraire, avec eux et en règle l'application dans l'hypothèse où une même caution a garanti tous les débiteurs principaux solidaires d'une même dette; — Attendu que l'argument *a contrario* fondé sur ce dernier article n'a pas la portée que l'on s'efforce de lui donner; — que, tout ce

que l'on peut légitimement en induire, c'est que la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, n'a d'action contre les codébiteurs non cautionnés par elle pour leur part seulement dans la dette solidaire; — mais qu'on n'en saurait conclure que cette action procède d'une prétendue subrogation aux droits des débiteurs cautionnés et non de la subrogation légale aux droits du créancier qui a reçu son paiement... »

Les trois systèmes que nous avons exposés aboutissent à des conséquences différentes relativement à l'article 2037. Si l'on admet, avec le premier, que la caution n'est pas subrogée aux droits du créancier, l'article 2037 n'aura pas son application lorsque le créancier a laissé périr ses garanties. Si, au contraire, on adopte les deux autres solutions, on est conduit à dire que la caution, étant subrogée aux droits du créancier contre les codébiteurs non cautionnés, peut se prévaloir de l'article 2037 et demander sa décharge si le créancier a, par son fait, rendu cette subrogation impossible.

Laquelle de ces trois solutions est la vraie? Nous estimons que la première méconnaît absolument les principes de la solidarité et de la subrogation et que la troisième seule les applique comme il convient. C'est d'ailleurs l'opinion de la Cour de cassation; elle sauvegarde pleinement les intérêts de la caution et c'est là le but du législateur.

§ 4. — TIERS DÉTENTEUR D'UN IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ.

Le tiers détenteur peut-il être rangé parmi les personnes qui peuvent invoquer l'article 2037 ? Cette question est, elle aussi, vivement discutée.

Un créancier a une hypothèque sur les immeubles A et B; le débiteur aliène l'immeuble A et, postérieurement à cette aliénation, le créancier renonce à son hypothèque sur l'immeuble B, puis il somme le tiers détenteur de l'immeuble A de payer ou de délaisser. Le tiers détenteur peut-il lui répondre : « L'article 1251 m'accorde la subrogation légale à vos droits et actions, vous avez, en donnant mainlevée de l'hypothèque qui grevait l'immeuble B, empêché par votre fait la subrogation de se produire à mon profit, je prétends que je suis déchargé de toute obligation vis-à-vis de vous. » Telle est l'hypothèse dans laquelle il faut se placer.

Dans l'ancien droit, la question ne paraissait pas douteuse. Nous avons des textes de Potier (*Traité de l'hypothèque*, chap. 2, sect. 1, art. 2, § 6), de Loiseau (liv. 2, chap. 8, n° 49), de Dumoulin (*De usuris*, quest. 89, n° 680), qui reconnaissent au tiers détenteur le droit d'opposer au créancier l'exception *cedendarum actionum*. Dumoulin faisait une distinction : le créancier avait-il renoncé à son hypothèque avant l'acquisition du bien hypothéqué par le tiers détenteur, ce dernier ne pouvait invoquer l'article 2037 car il n'a pu compter, en achetant, sur des sûretés qui n'existaient pas; la renonciation était-elle postérieure à l'acquisition, l'équité voulait que le tiers détenteur fût

déchargé totalement ou partiellement de son obligation suivant le préjudice causé.

Cette solution ne doit pas nous surprendre, nous savons que l'ancienne jurisprudence n'avait admis l'exception *cedendarum actionum* que par un motif d'équité, ce qui l'avait conduite à assimiler bien des situations foncièrement différentes.

M. Troplong a émis sur ce point deux solutions contradictoires. Dans son *Traité des hypothèques* (1), il accorde l'*exceptio cedendarum actionum* à tout tiers détenteur indistinctement; dans son *Commentaire sur le titre du cautionnement* (2), il fait une distinction : si le créancier a sur l'immeuble une hypothèque spéciale, le tiers détenteur ne pouvant, aux termes de l'article 2070, lui opposer le bénéfice de discussion, ne pourra pas, par voie de conséquence, lui opposer l'article 2073; à moins que le créancier n'ait usé de moyens artificieux pour lui nuire. Mais si l'hypothèque est générale, le tiers détenteur pourra se prévaloir de l'article 2037, puisqu'il jouit du bénéfice de discussion.

D'autres auteurs, comme Zachariæ, Toullier, Ponsot, estiment que la subrogation légale accordée au tiers détenteur par l'article 1251, 3<sup>o</sup>, est un droit que le créancier ne peut restreindre ou annihiler à son gré; par le seul fait que le créancier a l'obligation de céder ses actions, il doit avoir celle de les conserver. La loi a sanctionné cette obligation par un texte formel, en ce qui concerne la caution; s'il n'y a pas un texte sem-

---

(1) Tome III, N<sup>o</sup> 789 *bis*.

(2) N<sup>o</sup> 562.

blable en faveur du tiers détenteur, l'interprète est autorisé à le sous-entendre, car il est dans l'esprit du législateur d'accorder une faveur identique à tous ceux qui bénéficient du droit de subrogation.

Nous ne saurions nous rallier ni à l'opinion de l'ancien droit, ni à celle de M. Troplong. Le fondement de l'article 2037 n'est ni un motif d'équité, ni le bénéfice de discussion. La question doit être résolue d'après les principes qui règlent la situation de la caution et celle du tiers détenteur.

Pourquoi avons-nous étendu l'article 2037 à la caution solidaire, bien que le texte ne vise que la caution simple; pourquoi avons-nous refusé au codébiteur solidaire le droit de s'en prévaloir? Parce que nous avons vu que l'engagement de la caution solidaire, comme celui de la caution simple, n'est donné que sous la condition tacite que le créancier conservera ses actions et que la qualité même de la caution, simple ou solidaire, avertit le créancier; tandis qu'au contraire, le débiteur solidaire, quoique subrogé, s'est engagé personnellement et directement, vis-à-vis du créancier, dans un but réputé intéressé.

Nous raisonnerons de même à l'égard du tiers détenteur; si sa situation, vis-à-vis du créancier, ressemble à celle de la caution, nous lui accorderons le bénéfice de l'article 2037. Sinon, nous déciderons pour lui, comme pour le codébiteur solidaire, nous lui refuserons l'exception de cession d'actions.

A notre avis, la position du tiers détenteur, à l'égard du créancier, n'est pas la même, à beaucoup près, que celle de la caution. On conçoit fort bien qu'entre la

caution et le créancier intervienne une convention tacite qui oblige le créancier, sous peine de déchéance, à conserver ses actions ; la subrogation a été le motif déterminant de l'engagement de sa caution. Quand un créancier exige de son débiteur la garantie d'une caution, c'est que la solvabilité de ce débiteur est quelque peu douteuse ; si la caution s'engage, c'est apparemment qu'elle a compté sur les privilèges et hypothèques du créancier pour rentrer dans ses fonds. Les sûretés lui profitent tout autant qu'au créancier ; on peut donc affirmer que la subrogation a été la cause impulsive de son engagement.

Il n'en est certes pas de même du tiers détenteur. A-t-il pu intervenir entre lui et le créancier une convention quelconque ? Le créancier a-t-il pu prendre aucun engagement vis-à-vis de l'acquéreur futur de l'immeuble hypothéqué ? Assurément non, aucun contrat tacite ne vient ici limiter le droit du créancier de conserver ses garanties ou d'y renoncer. Qu'importe au créancier que l'immeuble hypothéqué soit aliéné ou non ; n'a-t-il pas le droit de suite ? L'aliénation de l'immeuble est pour lui *res inter alios acta*. Comment donc cette aliénation viendrait-elle lui imposer un devoir auquel il n'était pas soumis auparavant ? Comme on l'a fort bien fait remarquer, le tiers détenteur ne contracte pas avec le créancier, il acquiert avec son immeuble une charge déjà existante, il n'a donc pu imposer au créancier aucune obligation, ni rendre conditionnel un droit pur et simple.

On objecte que le tiers détenteur, en achetant, a néanmoins compté sur la subrogation aux droits du

créancier sur les autres immeubles et que si, par son fait, le créancier a rendu cette subrogation impossible, le tiers détenteur a droit à réparation.

Cela revient à dire que le fait, pour le créancier, de renoncer à une hypothèque sur un des biens hypothéqués à la dette, engage sa responsabilité par application des articles 1382 et suivants. Mais pour qu'un fait, même dommageable, donne lieu à la réparation dont parlent ces articles, il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ne soit pas l'exercice d'un droit de la part de son auteur ou qu'il porte atteinte au droit d'autrui. *Qui suo jure utitur neminem lædit*. En renonçant à son hypothèque sur un des immeubles, le créancier n'a fait qu'user de son droit ; l'hypothèque est indivisible, le créancier peut à son gré la faire porter en totalité sur tel ou tel immeuble. Comment une aliénation, à laquelle il est demeuré étranger, aurait-elle le pouvoir de lui ravir un droit incontestable et lui imposer une responsabilité dont il n'était pas tenu ?

La situation du tiers détenteur n'a donc, en droit, rien de commun avec la caution ; et, comme d'autre part, nous avons eu l'occasion de répéter souvent que l'introduction de la subrogation légale n'a pas eu pour effet d'imposer au créancier l'obligation de conserver intactes les actions qu'il devait céder, puisqu'il n'existe pas, en faveur du tiers détenteur, un texte analogue à l'article 2037 écrit pour la caution, nous sommes logiquement conduits à refuser au tiers détenteur le droit d'opposer l'exception de cession d'actions.

Ajoutons que, même au point de vue du bénéfice de discussion, la loi est loin d'avoir accordé au tiers

détenteur autant de faveur qu'à la caution : le tiers détenteur ne jouit de ce bénéfice qu'autant que les biens sont encore dans la main du débiteur et dans le cas seulement d'une hypothèque générale; c'est-à-dire que lorsque l'hypothèque sera reconventionnelle, et ce sera le cas le plus fréquent, le tiers détenteur ne pourra pas requérir la discussion du débiteur.

Il y a enfin une raison décisive pour ne pas accorder au tiers détenteur le droit d'opposer l'exception de l'article 2037. La caution n'a aucun moyen de se garantir contre l'insolvabilité du débiteur, c'est-à-dire d'éviter une perte; tandis que le tiers détenteur peut toujours se mettre à l'abri des créanciers hypothécaires et ne rien payer au delà de son prix, sa propre dette; en aucun cas il ne peut être contraint personnellement à payer davantage; la loi a organisé pour lui les formalités de la purge. S'il reste tenu de la dette c'est qu'il l'a bien voulu.

La jurisprudence a varié sur notre question. Il y a notamment un arrêt de cassation du 23 janvier 1815 (1) qui accorde au tiers détenteur le bénéfice de l'article 2037; mais cet arrêt a statué sur une espèce antérieure au Code civil, la Cour a dû faire l'application des lois romaines et viser les textes du Digeste applicables (2). La Cour de Bastia et le Tribunal de Villefranche (3) ont décidé que l'article 2037 n'était que la conséquence de l'article 1251.

---

(1) S. 45, 1, 9.

(2) Loi 5 D., *De censibus* et loi 49 D., *qui potior*.

(3) Bastia. 22 décembre 1847 (S., 48, 2, 10). — Villefranche, 7 février 1862 (S., 64, 1, 356).

La jurisprudence est aujourd'hui fixée en sens contraire, elle refuse au tiers détenteur le droit de bénéficier de l'article 2037 (1). L'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, du 22 décembre 1846 résume dans ses motifs le système que nous avons développé : « Attendu, dit la Cour suprême, que l'indivisibilité du droit hypothécaire, ainsi que du principe de la liberté des conventions, il résulte que le créancier peut renoncer à son hypothèque sur une partie des immeubles affectés à sa créance et qu'il peut aussi bien faire cette renonciation partielle quand les immeubles ne sont plus, en tout ou en partie, dans les mains du débiteur originaire, que lorsqu'ils sont tous restés en la possession de ce débiteur... Attendu que la subrogation, soit légale, soit conventionnelle ne peut transmettre au subrogé plus de droits que n'en a, au moment du paiement qui lui est fait, le créancier qui reçoit ce paiement; qu'à la vérité, d'après l'article 2037 C. civ., la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits ou privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution, mais qu'aucune disposition de la loi ne déclare ce principe applicable à l'acquéreur qui paie la dette dont il est tenu hypothécairement; que d'ailleurs le créancier qu'il est obligé de payer n'a pas contracté avec lui, tandis que celui qui reçoit son

---

(1) Cassation, 4 mars 1833 (S., 33, 1, 424); 22 décembre 1846 (S., 47, 1, 88); 17 mars 1852 (S., 52, 1, 432); 18 décembre 1854 (S., 55, 1, 247); Aix, 24 mars 1853 (S. 53, 2, 467). — Bourges, 11 juin 1855 (S., 55, 2, 636). — Chambéry, 31 août 1861 (S., 62, 2, 249). — Caen, 26 novembre 1870 (S., 71, 2, 263.)

paiement d'une caution a contracté avec celle-ci; — Attendu que les hypothèques étant publiques et pouvant être purgées par l'acquéreur, celui-ci est lui-même l'auteur du dommage qu'il éprouve, quand il est obligé de payer deux fois son prix. »

#### § 5. — CAUTION RÉELLE.

La caution réelle est la personne qui, sans s'obliger personnellement, affecte un de ses biens, meuble ou immeuble, au paiement de la dette d'autrui, en le mettant en gage ou en l'hypothéquant. Si le créancier, par son fait, laisse périr les sûretés que lui avaient promises les débiteurs personnels de la dette, la caution réelle peut-elle invoquer l'article 2037 et se prétendre déchargée ?

Cette question est-elle aussi l'objet d'une vive controverse, tout est sujet à discussion dans la matière que nous traitons.

Pour M. Troplong, la question ne fait pas de doute : « Celui qui a hypothéqué sa chose spécialement ne peut opposer le bénéfice de discussion au créancier. Il ne m'en faut pas davantage pour écarter l'article 2037 (1). » D'autres auteurs (2) admettent la même solution mais la motivent autrement : l'affectation hypothécaire d'un immeuble pour sûreté de la dette d'autrui n'est pas un cautionnement. Le cautionne-

---

(1) Troplong. *Du cautionnement*, n° 561.

(2) Gauthier. *De la subrogation*, page 512.

ment suppose un engagement personnel, c'est de son essence même : celui qui se rend caution, dit l'article 2011, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Si la caution réelle ne peut être considérée comme caution, il est évident qu'on ne peut lui appliquer une disposition légale qui ne concerne que la caution.

Aubry et Rau estiment au contraire (1) que : « Quoique ce tiers ne soit pas une véritable caution, on doit reconnaître qu'il n'est, ainsi que la caution, qu'accessoirement tenu de la dette d'autrui et qu'il est fondé à dire, comme cette dernière, qu'il n'a entendu s'engager qu'en contemplation des sûretés, fournies par le débiteur. » Mourlon (2) est du même avis : « En hypothéquant son immeuble, il a considéré que si le débiteur restait ou devenait insolvable, la perte résultant de cette insolvabilité ne serait pas supportée par lui seul, et qu'elle serait répartie entre lui et les cautions personnelles. » Aussi ces deux auteurs estiment que la caution réelle peut invoquer l'article 2037.

La Cour de cassation a rendu deux arrêts sur notre question (3). Elle a décidé, le 25 novembre 1812, que le cautionnement est un acte par lequel un tiers s'oblige à payer une dette, en cas que le débiteur ne l'acquitte pas lui-même; qu'il est de l'essence d'un engagement de ce genre, que celui qui le contracte s'oblige person-

---

(1) Tome IV, page 698, note 20.

(2) *De la subrogation*, page 517.

(3) Cassation, 25 novembre 1812 (S., 13, 1, 177), 10 août 1814 (S., 15, 1, 242).

nellement envers le créancier; que, si au lieu de s'obliger personnellement, il ne fait que promettre de livrer ou engager, à titre de garantie, des propriétés mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces stipulations un acte de nantissement, une antichrèse, une affectation hypothécaire, mais non un cautionnement tel que le définit le Code civil... »

Cet arrêt est, à notre avis, très justement motivé; la caution réelle n'est pas une caution au sens du Code civil; pour qu'il y ait cautionnement, il faut un engagement personnel de la part du tiers qui s'oblige. L'article 2037 a été écrit uniquement en faveur des cautions, c'est-à-dire des débiteurs accessoires qui se sont obligés personnellement, simplement ou solidairement, nous ne pouvons donc en faire bénéficier la caution réelle.

Il est certain que les considérations que font valoir Aubry et Rau et Murlon sont fort justes et qu'il y a lieu de regretter pour la caution réelle l'absence d'un texte analogue à l'article 2037, mais il n'appartient pas à l'interprète d'étendre cette disposition à des cas non prévus par la loi.

#### § 6. — ENDOSSEURS D'UN EFFET DE COMMERCE.

Les auteurs discutent encore beaucoup sur la question de savoir si les endosseurs d'un effet de commerce, lettre de change ou billet à ordre, peuvent invoquer l'article 2037. La question peut se poser lorsqu'un porteur a libéré le tiré qui avait accepté la traite, ou lorsqu'un endosseur a diminué les sûretés promises et qu'il se retourne contre un endosseur antérieur.

L'article 140 du Code de commerce dispose : « Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur. » Faut-il en conclure que les endosseurs sont des cautions et que, par conséquent, l'article 2037 leur est applicable, telle est la difficulté à résoudre.

Lès auteurs sont loin d'être d'accord sur le véritable caractère de l'endossement. Bravard y voit un contrat spécial, *sui generis*, qui en contient plusieurs autres : « 1° il renferme une espèce de vente, car la lettre de change est une espèce de marchandise que l'endosseur vend et que l'autre partie achète ; — 2° il renferme une cession de droits incorporels, car l'endossement transmet avec la propriété de la lettre de change, les garanties qui y sont attachées, les actions et recours qui en dérivent ; — 3° enfin il renferme un contrat de cautionnement, car l'endosseur se porte fort pour ceux qui le précèdent, se constitue en quelque sorte leur garant, leur caution même solidaire (1). »

Ces explications n'apportent aucune lumière, et sur la question qui nous préoccupe, aboutissent à des conséquences contradictoires : si les endosseurs sont des vendeurs ou des cédants ils ne peuvent certes pas bénéficier de l'article 2037 ; s'ils sont des cautions, ils peuvent au contraire l'invoquer. Bravard, après avoir qualifié les endosseurs de cautions, décide que la Cour de Limoges, le 12 février 1862 (2), a bien jugé en refusant aux endosseurs le droit de se prévaloir de

---

(1) Bravard, *Traité de Droit commercial*, tome III, p. 145.

(2) D., 62, 2, 90.

l'article 2037. Une théorie qui laisse dans l'esprit une telle confusion doit être soigneusement écartée.

Lyon-Caen (1) est lui aussi plein de contradictions : « Le tireur et les endosseurs ne sont pas de simples cautions ; ils sont tenus d'une obligation principale et solidaire. » — « A la différence du tireur, les endosseurs ne sont jamais que des garants, ils n'ont fait que revendre ce qu'ils avaient acheté. » Enfin, contradiction évidente : « cependant l'article 2037 leur est applicable, car, au fond, les endosseurs sont des cautions. »

Pour Alauzet (2), les endosseurs sont de véritables cautions qui sont déchargées lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer par le fait du créancier.

Nous estimons au contraire que les endosseurs ne sont pas des cautions, que l'endossement diffère essentiellement du cautionnement. Qu'est-ce en somme qu'une caution : c'est un obligé accessoire qui s'engage par pur esprit de bienveillance ; un endosseur présente-t-il les mêmes caractères ? Nous allons essayer de démontrer qu'il n'en est rien. *Secundus*, bénéficiaire d'une lettre de change tirée sur *Primus* pour la somme de 10,000 francs, se trouve devoir à *Tertius* une somme égale ; il lui transmet la lettre de change dont il est bénéficiaire et *Tertius* se fera payer de *Primus*. C'est l'endossement. *Tertius* pourra lui aussi transmettre à un de ses créanciers la lettre de change et de porteur devenir endosseur, de sorte que la lettre de change pourra circuler de main en main jusqu'à l'échéance.

---

(1) *Traité de Droit commercial*, tome IV, n° 412.

(2) *Commentaire du Code de commerce*, tome III, page 508.

Analysons l'endossement : qu'a voulu *Secundus* en transmettant à *Tertius* la lettre de change ? Simplement payer la dette qu'il avait envers lui, et, pour ce faire, il lui a cédé la créance qu'il avait contre *Primus*. L'endossement est donc une cession de créance, qui, comme la cession de créance régie par le Code civil, engendre l'obligation de garantie. Cette obligation de garantie, due par les endosseurs, est même plus étendue que celle des cédants, elle est due de plein droit. Mais on aurait tort de conclure que l'obligation de garantie à laquelle sont soumis les endosseurs, les rend cautions du débiteur principal de la lettre. Les endosseurs ne sont pas des obligés accessoires et désintéressés, puisqu'ils n'ont transmis la lettre que pour s'acquitter de leur propre dette. La garantie à laquelle ils sont soumis par la loi a été établie avant tout pour faciliter la négociation de l'effet de commerce : l'endossement est fréquent, il se fait souvent dans un lieu fort éloigné de celui où la lettre est payable; l'endossataire ne connaît pas la plupart du temps la solvabilité du tiré, s'il ne devait pas compter sur la garantie de l'endosseur, il n'accepterait la cession de l'effet de commerce qu'après avoir pris des renseignements minutieux sur la personne du tiré, de là des retards préjudiciables à la rapidité des affaires commerciales. M. Boistel(1) paraît avoir fort bien mis en lumière le caractère de l'endossement et de la garantie qui y est attachée : « L'obligation de garantie, encourue lors de l'endossement, n'a évidemment pas

---

(1) *Précis du Droit commercial*, n° 752.

été contractée en vue des sûretés attachées à la lettre de change, mais seulement dans le but de négocier l'effet. » Nous savons au contraire que le motif déterminant de l'engagement de la caution a été la subrogation aux sûretés qui garantissent la dette. Du reste, la garantie n'est pas de l'essence de l'endossement, elle n'est pas de sa nature, elle peut être écartée expressément par la clause « sans garantie » ou « à forfait ». Comment donc assimiler l'endosseur et la caution, lorsque le seul point qui pourrait autoriser une comparaison peut être supprimé par une clause contraire.

Nous adoptons donc pleinement les conclusions de la Cour de Limoges (1) qui refuse à l'endosseur le droit de se prévaloir de l'article 2037 : « Sans doute, aux termes de l'article 2037, la caution est libérée lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution; mais cette disposition est inapplicable aux rapports qui existent entre le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre et les endosseurs qui sont tenus envers lui à la garantie solidaire. En effet, à la différence de la caution simple ou solidaire, qui ne contracte qu'un engagement accessoire et subordonné, l'endosseur contracte, par l'effet même du transport de la valeur, une obligation principale de garantie, sauf son recours contre les endosseurs précédents en vertu de la même obligation principale qui a été prise à son égard. »

---

(1) Limoges, 12 février 1862. (S., 2, 292.)

Ce n'est pas là l'opinion de la jurisprudence ; elle décide que les endosseurs doivent être considérés comme des cautions solidaires et leur fait application de l'article 2037.

•

---



## CHAPITRE III

### Conditions d'application de l'article 2037

---

A quelles conditions s'applique l'article 2037 ? Cette question en contient deux autres : l'article 2037 nous dit que la caution est déchargée lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer par le fait du créancier. Que faut-il entendre exactement par le mot « fait », c'est un premier point à examiner. Que décider ensuite relativement aux sûretés acquises postérieurement à l'engagement de la caution, c'est une seconde question qui doit également nous préoccuper.

#### § 1. — QUELLE DOIT ÊTRE LA NATURE DU FAIT IMPUTÉ AU CRÉANCIER.

Il est certain, pour que la caution puisse réclamer sa décharge, que le fait, duquel résulte l'impossibilité de subrogation, émane du créancier et non d'un tiers ou de la caution elle-même. La Cour de cassation a rendu

plusieurs arrêts en ce sens (1). Mais que faut-il entendre par le mot « fait » ? Est-ce un fait *positif, direct*, tel qu'une mainlevée, une renonciation expresse. Suffit-il, au contraire, que la perte des sûretés soit le résultat d'une simple négligence ou d'une omission ? Tous les auteurs sont d'accord pour décider que la caution est déchargée lorsqu'il y a fait positif et direct du créancier ; ce point d'ailleurs ne fait pas difficulté, l'article 2037 est incontestablement applicable. Mais le désaccord commence lorsque le créancier n'est coupable que d'omission ou de négligence ; la difficulté vient de ce que dans l'ancien droit un fait positif du créancier était nécessaire pour décharger la caution. Basnage et Pothier notamment sont, sur ce point, très affirmatifs : « L'exception *cedendum actionum*, dit Pothier (2), ne me paraît devoir lui être opposée que lorsque c'est par un fait positif de sa part qu'il s'est mis hors d'état de céder ses actions contre l'un des débiteurs. . . . Mais une simple négligence de sa part ne doit pas lui être imputée ; 1<sup>o</sup> parce que, n'étant obligé à la cession de ses actions que par une pure raison d'équité, n'ayant contracté à cet égard envers les autres débiteurs et fidéjusseurs aucune obligation précise de les leurs conserver, il suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne fasse rien de contraire à cette

---

(1) Cass. 23 décembre 1845 (S., 46, 1, 107) à propos d'une hypothèque sur les biens à venir du débiteur (art. 2030) ; 26 mai 1846 (S., 46, 1, 739) ; 12 mai 1835 (S., 35, 1, 338) ; 22 décembre 1886 (D., 87, 1, 387) ; 29 avril 1891 (D., 92, 1, 220).

(2) Pothier, *Obligations*, N<sup>o</sup> 557.

obligation et il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence ; 2<sup>o</sup> les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu aussi bien que lui veiller à la conservation du droit d'hypothèque qui est perdu ; ils pouvaient le sommer d'interrompre à leurs risques les tiers acquéreurs... Ce n'est que dans le cas où ils auraient mis le créancier en demeure qu'ils peuvent se plaindre qu'il a laissé perdre ses hypothèques ; mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé que lui, ils ne sont pas recevables à lui opposer une négligence qui leur est commune avec lui. » Basnage s'exprime d'une façon analogue dans son traité des *Hypothèques* (1).

Certains auteurs, Toullier et Murlon, se fondant sur ces précédents historiques et argumentant des raisons que donne Pothier, soutiennent que le Code civil a maintenu la théorie de l'ancien droit et que les mots « fait du créancier » désignent un fait positif et non une simple négligence. Ces auteurs rappellent que les rédacteurs du Code se sont constamment inspirés de Pothier, c'est leur guide habituel, en matière d'obligations surtout ; ils se sont même, fort souvent, contentés de le copier en abrégeant le texte de ses formules (2). L'article 2037 est conforme au texte de Pothier, il est donc probable que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer la théorie de l'ancien droit. Si, d'ailleurs, les auteurs du Code civil avaient voulu rendre le créancier responsable de sa simple négligence, ils n'auraient pas manqué de nous le dire,

---

(1) N<sup>o</sup> 57.

(2) Toullier, tome VII, n<sup>o</sup> 472.

comme dans l'article 1383. L'article 2037 parle bien du « fait » mais le mot « faute » ne s'y trouve pas. Quelques décisions judiciaires ont suivi cette théorie; mais la Cour de cassation, abandonnant sa première jurisprudence, a constamment jugé, depuis, dans le sens opposé. La grande majorité des auteurs (1) décide également que l'article 2037 s'applique lorsque le créancier a laissé perdre ses sûretés non seulement par son fait, mais encore par négligence ou omission.

On ne saurait, en effet, tirer argument de l'opinion de l'ancien droit. Pothier n'accordait à la caution l'exception *cedendarum actionum* que pour des motifs d'équité, il considérait que la cession d'actions pouvait être imposée au créancier parce qu'elle ne lui causait aucun préjudice et qu'elle était profitable au fidéjusseur; il en concluait que le créancier s'était suffisamment conformé à l'équité lorsqu'il apportait de la bonne foi à la conservation de ses garanties. Mais la subrogation légale, conférée par l'article 2029 à la caution, n'est plus, relativement au créancier, ce qu'était la cession d'actions de l'ancien droit, une obligation fondée sur un devoir d'humanité, c'est une obligation positive et absolue. La caution a eu en vue les sûretés qui garantissent la créance, elle ne s'est engagée que sous la condition d'être subrogée à ces sûretés; un contrat existe entre elle et le créancier qui a tacitement promis la conservation des garanties. Qu'importe à la caution, au moment de l'échéance,

---

(1) Delvincourt, Duranton, Taulier, Aubry et Rau, Troplong, Laurent, Gauthier, Demante et Colmet de Santerre.

que les sûretés aient disparu par le fait positif du créancier ou par une simple négligence de sa part ? Elle constate que le créancier n'a pas rempli son engagement, elle est en droit de se prétendre déchargée.

Il n'est pas exact non plus de prétendre, comme le font Pothier et les auteurs qui suivent sa théorie, que la caution peut, tout aussi bien que le créancier, veiller à la conservation des actions. La caution, a-t-on dit, n'est pas le tuteur du créancier. Elle est d'ailleurs mal placée pour surveiller les garanties du créancier ; ce n'est pas à elle mais bien au créancier qu'appartiennent les actions qui naissent de la créance. De quel droit, la caution irait-elle s'immiscer dans les affaires du créancier ? Seul, le créancier a qualité pour intenter les actions, c'est lui qui est porteur des titres, c'est à lui que sont adressées les notifications relatives à l'expropriation, à la purge, à l'ordre.

Il est en outre intéressant de remarquer que les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit littéralement les termes mêmes de Pothier, qu'ils avaient cependant présents à l'esprit au moment de la discussion de l'article 2037. Pothier exige un fait positif pour entraîner l'extinction du cautionnement, si les rédacteurs du Code avaient voulu adopter l'opinion de ce jurisconsulte ils se seraient servis des mêmes expressions. On objecte l'article 1383 ; mais cette objection se retourne contre ceux qui la soulèvent : l'article 1382 emploie simplement le mot « fait » et l'article 1383 nous dit ce qu'il faut entendre par là, le mot « fait » veut dire non seulement fait positif mais encore négli-

gence. Il en est probablement de même, par conséquent, du mot « fait » écrit dans l'article 2037.

C'est donc avec raison que la jurisprudence a décidé que la caution était déchargée lorsque le créancier a donné mainlevée d'une hypothèque (1), a rendu la possession d'un objet soumis à un privilège fondé sur la possession ou à un droit de retention (2), a négligé de faire les actes nécessaires à la conservation de la créance (3) a omis de renouveler une inscription hypothécaire et l'a laissée ainsi tomber en péremption, a vendu à un prix manifestement trop faible les valeurs qui lui avaient été données en nantissement (4), s'est abstenu de faire appel ou n'a pas donné à la caution les renseignements nécessaires pour faire appel d'un jugement qui annule l'hypothèque consentie par le débiteur (5), a laissé vendre les biens affectés à son privilège sans revendiquer ce privilège (6). Cette solution est d'ailleurs en harmonie avec l'esprit de la loi, qui est de favoriser le cautionnement et de faciliter le plus possible à la caution le recouvrement de ses débours, il est juste de rendre le créancier responsable de sa négligence lorsqu'elle a entraîné l'impossibilité de la subrogation. Et cette responsabilité que nous

---

(1) Orléans, 11 août 1893 (*Gaz. Pal.* 93, 2, 329).

(2) Cassation, 18 décembre 1844 (S., 44, 1, 408); 8 août 1872 (S., 72, 1, 425).

(3) Cassation. 25 juillet 1827 (S. Chr.); 23 mai 1833 (S., 33, 1, 574); 17 août 1836 (S., 36, 1, 632); 29 mai 1838 (S., 38, 1, 550).

(4) Paris, 11 janvier 1894 (*Gaz. Pal.*, 19 août 1894).

(5) Cassation, 2 décembre 1895 (S., 96, 4, 255).

(6) Tribunal civil de Lyon, 2 avril 1887 (*Mon. judic.*, Lyon, 7 avril 1887).

faisons peser sur le créancier est loin d'être préjudiciable à ses intérêts, c'est pour lui un avertissement et une mise en garde contre le danger qu'il y a à ne pas apporter toute la diligence nécessaire à la gestion de ses affaires.

Que décider dans le cas où le créancier aurait déchargé l'un des fidéjusseurs ? La difficulté vient de ce que l'article 1287, dernier alinéa, décide que : la remise ou décharge conventionnelle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. Comment concilier ce texte avec l'article 2037 ? Selon l'observation de Toullier, il faut entendre l'article 1287 en ce sens que les autres cautions ne sont pas déchargées de leurs parts, c'est-à-dire des parts pour lesquelles elles n'auraient pas de recours contre la caution déchargée (1). Mais elles sont déchargées de la part que devait supporter dans la dette la caution déchargée, c'est dans cette mesure seulement que l'article 2037 s'applique. Pothier, il est vrai (2), distingue : si les fidéjusseurs se sont obligés par un même acte au paiement de la dette, l'article 2037 s'applique, en ce sens que les fidéjusseurs non déchargés ne peuvent être poursuivis que pour leur part ; mais si celui qui a profité de la remise s'était engagé par acte séparé, le créancier n'en conservait pas moins son recours, pour le tout contre les autres, car ceux-ci n'avaient pu compter sur la coopération de la caution déchargée.

Nous ne saurions admettre cette distinction ; l'ar-

---

(1) Toullier, tome VII, N° 331.

(2) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 557.

ticle 2033 accorde le bénéfice de division à toutes les cautions, sans distinguer si elles se sont engagées par un acte unique ou par des actes séparés. Nous concluons donc que l'article 2037 s'applique jusqu'à concurrence de la part de la caution qui a bénéficié de la décharge.

Le fait, pour le créancier, de ne pas poursuivre le débiteur à l'échéance tombe-t-il sous le coup de l'article 2037, est-ce une négligence qui entraîne la décharge de la caution? Il faut nous placer dans l'hypothèse suivante : la dette est exigible, le créancier ne poursuit pas le débiteur qui devient par là suite insolvable; il s'attaque à la caution. Celle-ci peut-elle répondre au créancier que cette insolvabilité provient de sa négligence et que, par conséquent, elle est déchargée?

La plupart des auteurs (1) soutiennent que la prétention de la caution n'est pas fondée et se décident en faveur de la négative. Ils appuient leur opinion sur l'article 2039, aux termes duquel la prorogation de de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne libère pas la caution; ce même article décide, en outre, que la caution peut, dans ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement. La caution a donc un moyen de se mettre en garde contre l'insolvabilité du débiteur, elle aurait mauvaise grâce à se prétendre déchargée. La jurisprudence est presque

---

(1) Demolombe, Pont, Aubry et Rau, Demante et Colmet de Santerre, Troplong, Mourlon.

unanimentement fixée en ce sens (1); on trouve cependant quelques décisions dissidentes (2).

Nous préférons nous ranger à l'avis de M. Laurent (3), qui admet sur ce point une théorie beaucoup plus en harmonie avec les principes. Peut-on sérieusement soutenir que le fait pour le créancier de ne pas poursuivre le débiteur à l'échéance, constitue une prorogation de terme au sens de l'article 2039? Assurément non; l'article 2039 a en vue une prorogation *accordée* au débiteur, par conséquent une prorogation expresse, résultant d'une convention connue de la caution, qui peut dès lors prendre ses précautions pour éviter une perte. Mais cet article ne parle certes pas d'une prorogation de terme tacite, résultant de l'inaction du créancier. C'est là une négligence lourde, une *culpa lata*, dont les conséquences ne sauraient retomber sur la caution. L'article 2037 s'appliquerait donc purement et simplement, si l'article 2032, 4<sup>e</sup>, ne donnait à la caution le droit de poursuivre le débiteur avant d'avoir payé, lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme. La caution est donc coupable, elle aussi, de négligence si elle n'a pas attaqué le débiteur; la loi lui donnait un moyen de sauvegarder ses intérêts, elle n'en a pas fait usage, elle est

---

(1) Cassation, 22 janvier 1849 (S., 49, 1, 182); 17 avril 1859 (S., 60, 1, 145); 8 mai 1861 (S., 61, 1, 582). — Turin, 3 messidor an X (S., an X, 2, 70). — Paris, 25 pluviôse an XII (S., an XII, 2, 178). — Nancy, 13 avril 1867 (S., 68, 2, 81).

(2) Cassation, 17 août 1836 (D., *Rep.*, V<sup>e</sup> Cautionnement, N<sup>o</sup> 334, note 1). — Limoges, 28 mars 1844 (D., 45, 2, 56).

(3) *Principes de Droit civil*, tome XXVIII.

donc responsable de l'insolvabilité du débiteur. Mais la négligence de la caution n'exclut pas celle du créancier, tous deux sont en faute, il est conforme aux principes de la responsabilité de leur en faire supporter, comme l'enseigne M. Laurent, proportionnellement les conséquences. L'article 2037 ne s'appliquera donc qu'en partie, ce sera au juge d'apprécier la part de responsabilité qui incombe à chacun.

§ 2. — A QUELLES SURETÉS S'APPLIQUE L'ARTICLE 2037.

L'article 2037 s'applique incontestablement aux garanties qui existaient au moment de l'engagement de la caution. Mais que décider pour les garanties acquises par le créancier postérieurement au contrat de cautionnement? La caution est-elle déchargée lorsque le créancier les a laissées périr?

Dans l'ancien droit, l'opinion commune était que le créancier n'était tenu de conserver que les sûretés existantes au moment de l'engagement de la caution. Nous avons des textes de Pothier, de Dumoulin et de Basnage en ce sens (1); la caution ne pouvait pas, dans ce cas, opposer l'exception *cedendarum actionum*.

Aujourd'hui, la question est controversée, les auteurs sont divisés. Les uns, comme Aubry et Rau, Pont, Laurent et Mourlon, refusent à la caution le

---

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, N° 557. — Dumoulin, *Prima lect. Dol.*, N°s 35 et 36. — Basnage, *Des Hypothèques*, 2<sup>e</sup> partie, ch. VI, p. 113.

droit de se prévaloir de l'article 2037; les autres, Duranton, Demante et Colmet de Santerre, Troplong et Gauthier, la déclarent déchargée lorsque le créancier a rendu la subrogation impossible, que les sûretés aient été acquises antérieurement ou postérieurement à son engagement.

La jurisprudence est ferme pour la négative : la Cour de cassation a presque toujours jugé que l'article 2037 ne s'appliquait qu'aux sûretés existantes au moment du cautionnement (1).

Les partisans de la négative invoquent tout d'abord l'autorité de l'ancien droit; ils font valoir, en second lieu, cette considération que la caution en s'engageant n'a pu compter que sur les sûretés alors existantes; ce sont ces seules sûretés qui ont déterminé son engagement, elle a estimé qu'elles étaient suffisantes pour assurer son recours, il y aurait injustice à ce qu'elle pût en être privée par le fait du créancier. Si véritablement l'article 2037 est fondé sur un contrat tacite intervenu entre le créancier et la caution, il est certain que les parties n'ont pu avoir en vue que les sûretés existantes au moment du contrat. Ce serait donc donner à l'article 2037 une extension contraire au fondement sur lequel il repose que de l'appliquer aux sûretés acquises postérieurement au contrat de cautionnement. Le créancier peut se désister d'une hypothèque et se replacer ainsi dans la position où il était

---

(1) Cassation, 17 janvier 1831 (S., 31, 1, 400); 12 mai 1835 (S., 35, 1, 338); 27 novembre 1861 (S., 61, 1, 130); 10 décembre 1866 (S., 67, 1, 15).

auparavant sans donner à la caution le moindre sujet de plainte. Il n'y a d'ailleurs, disent Aubry et Rau, aucune raison de justice ou d'équité qui oblige le créancier à conserver, dans l'intérêt de la caution, les sûretés qu'il ne doit qu'à sa diligence personnelle.

L'affirmative nous semble, au contraire, plus soutenable et mieux en harmonie avec l'esprit de la loi. Sans doute nos anciens auteurs, Pothier en particulier, sont le guide habituel des rédacteurs du Code ; mais nous nous sommes efforcés de démontrer que le fondement juridique de l'article 2037 n'était pas celui de l'exception *cedendarum actionum* de l'ancien droit. A de vagues conditions d'équité, le Code a substitué une obligation précise, juridique ; il est donc probable que le Code s'est séparé de l'ancien droit pour le cas qui nous occupe, ce qui le prouve, ce sont les termes mêmes de l'article 2037. Cet article parle de droits, d'hypothèques, de privilèges sans distinguer s'ils sont postérieurs ou antérieurs au cautionnement ; il est général, comme l'article 2029 qui subroge la caution à tous les droits du créancier.

On dit que la caution n'a pu compter que sur les garanties existantes au moment où elle s'est engagée. Il nous semble plus conforme à l'intention des parties de décider qu'elle a complé d'une façon générale sur toutes les ressources que pouvait offrir la position de débiteur. Il est de l'essence du cautionnement que la caution n'est tenue qu'à défaut du débiteur principal ; c'est dire par là qu'elle doit profiter de toutes les circonstances qui viennent diminuer ses chances de perte ; il ne peut dépendre du créancier de renoncer, par

exemple à une hypothèque, qui, bien qu'acquise postérieurement au cautionnement, eût assuré le paiement de la dette sur les biens du débiteur principal, et dont l'extinction en fera supporter tout le poids à la caution. Et puis, si le créancier exige du débiteur, en plus les garanties qu'il a fournies, l'engagement d'une caution, c'est apparemment qu'il considère que ces garanties sont insuffisantes. Pourquoi alors la caution serait-elle obligée de s'en contenter, pourquoi ne pas dire qu'elle s'est engagée non seulement en vue de ces sûretés déjà existantes mais aussi en contemplation des garanties à venir, de celles que le créancier acquerra peut-être par la suite ? Sans doute rien n'oblige le créancier à se faire consentir de nouvelles sûretés par le débiteur, ni même à en acquérir par son propre fait, comme une hypothèque judiciaire, par exemple. Mais est-ce une raison pour décider, qu'une fois en possession de cette garantie, rien ne l'oblige à la conserver ? Dès l'instant qu'elle est acquise au créancier, la garantie est acquise également à la caution, en ce sens qu'elle est en droit de compter qu'elle sera subrogée au droit du créancier. Celui-ci n'est donc plus le maître de s'en dessaisir au préjudice de la caution.

Enfin, nous ajoutons que cette solution est parfaitement d'accord avec la volonté du législateur. La loi a voulu favoriser d'une façon toute particulière les personnes qui se portent caution ; elle aurait mal atteint son but si elle avait permis au créancier de renoncer impunément aux garanties acquises postérieurement au contrat de cautionnement, si elle n'avait

pas donné à l'article 2037 une application générale. Parmi les décisions judiciaires qui ont été rendues sur la question, il y en a deux qui sanctionnent notre manière de voir. C'est un arrêt de la cour de Caen en date du 13 mars 1828 (1) et un jugement du Tribunal de Périgueux (2) qui décide que « l'article 2037 ne distingue pas entre les droits, hypothèques et privilèges du créancier, nés le jour où se forme le cautionnement et ceux qui ne naissent que plus tard, et qu'il n'a d'autre but que de protéger la caution, obligée ordinairement par un pur acte de bienfaisance, contre le négligence coupable du créancier ».

Notre conclusion est donc que l'article 2037 a une portée générale, qu'il s'applique à tous les droits du créancier, même à ceux qui n'existaient pas lors du contrat de cautionnement et qui n'ont été acquis que postérieurement. N'allons pas cependant trop loin : si le créancier a simplement négligé d'acquérir des sûretés qu'il aurait pu facilement obtenir et auxquelles la caution aurait été subrogée. Ce point ne fait d'ailleurs aucun doute en doctrine et en jurisprudence (3). La Cour de Pau a décidé avec raison, dans son arrêt du 25 août 1851, que l'article 2037 parle de subrogation qui *ne peut plus s'opérer* « cela suppose évidemment que les sûretés constituaient pour le créancier un droit certain, définitivement acquis, valablement stipulé et

---

(1) S., 28, 2, 56.

(2) Sous cass. S., 61, 1, 582.

(3) Cassation, 3 mai 1861 (S., 61, 1, 682). — Pau, 25 août 51 (S., 52, 2. 29).

non une simple espérance, qu'il dépendait du débiteur de réaliser ou de faire évanouir, sans qu'il eût aucun moyen de le contraindre à la remplir. » Il est bien entendu, du reste que le cas de fraude est excepté ; si la caution parvenait à prouver que le créancier a négligé d'acquérir une nouvelle sûreté uniquement pour empêcher la subrogation à cette sûreté de se produire et porter préjudice à la caution, celle-ci serait en droit de se prévaloir de l'article 2037, *fraus omnia corrumpit*.

Il va sans dire que, sur la question que nous venons d'examiner dans ce paragraphe, M. Troplong se range du côté de l'affirmative. Pour lui le doute n'est pas possible, « tout devient simple et clair » (1) si on rattache l'article 2037 au bénéfice de discussion. Si le fidéjusseur, actionné par le créancier, renvoie celui-ci à la discussion des biens du débiteur, le créancier n'est-il pas reprochable d'avoir renoncé à des garanties, qui, bien que postérieures au cautionnement, auraient dû entrer en ligne de compte pour tirer paiement des biens du débiteur ? La conclusion est certainement en harmonie avec le point de départ. Nous avons démontré plus haut le mal fondé de ce système, nous n'insisterons pas davantage.

---

(1) Troplong, *Du cautionnement*, N° 571.



## CHAPITRE IV

---

### Étendue d'application de l'article 2037

---

A l'égard du créancier, l'article 2037 est une déchéance : il avait tacitement promis à la caution de conserver intactes les garanties fournies par le débiteur principal, il ne l'a pas fait ; il a manqué à son engagement, il est juste qu'il en soit responsable ; à l'égard de la caution c'est une indemnité accordée non pas en raison du préjudice causé, puisqu'elle n'en a pas encore subi, mais du préjudice à naître. La subrogation, sur laquelle elle a compté, ne peut plus s'opérer par le fait du créancier ; l'obligera-t-on quand même à payer, sauf à lui allouer plus tard des dommages-intérêts ? Non. Il est bien plus simple de la décharger. Elle ne s'est engagée que sous la condition résolutoire tacite d'être subrogée aux droits du créancier, le créancier par son fait, a rendu impossible cette subrogation, le contrat doit être résolu.

La Cour de cassation a maintes fois jugé que la caution était déchargée à titre d'indemnité, en raison

du préjudice causé. Nous concluons de ce principe que là où il n'y aura pas de préjudice, il n'y aura pas d'indemnité. Si, par exemple, l'hypothèque dont le créancier a donné mainlevée, ne pouvait donner à la caution aucun rang utile de collocation, tout le prix étant absorbé par des créanciers antérieurs, la caution ne pourrait pas se prévaloir de l'article 2037 et se prétendre déchargée. Le créancier, en effet, serait en droit de lui répondre : quel préjudice avez-vous subi? l'hypothèque dont j'ai donné mainlevée ne vous aurait été d'aucune utilité.

Le concordat accordé au débiteur principal, n'a pas le caractère d'une remise de dettes, quand bien même le créancier y donnerait son consentement; c'est une concession faite en vue d'éviter une perte plus grande. Aussi l'article 545 du Code de commerce dispose : nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli. La caution ne pourrait donc pas s'autoriser de cette remise pour demander sa décharge. Nous donnerions une solution opposée dans le cas où le créancier, nanti d'un gage ou d'une hypothèque conféré par le failli, aurait concouru par son vote au concordat. L'article 508 du Code de commerce dit, en effet, que le vote au concordat emporte, de plein droit, renonciation au gage ou à l'hypothèque. La caution éprouve ici un sérieux préjudice, le vote du créancier au concordat équivalant à une renonciation, aux garanties de la créance, elle a le droit d'invoquer l'article 2037.

Le principe que la décharge de la caution écrite dans l'article 2037, lui est accordée à titre d'indemnité,

nous servira également à résoudre la question de savoir quelle sera l'étendue d'application de cet article, lorsque la subrogation n'est devenue impossible que pour partie seulement. Voici une espèce : une dette de 50.000 francs est garantie par une hypothèque portant sur deux immeubles d'une valeur de 25.000 francs chacun. Le créancier donne mainlevée de l'hypothèque sur l'un des immeubles. Quelle est la situation de la caution ? peut-elle prétendre être déchargée pour le tout ?

On pourrait sans doute argumenter de la généralité des termes de l'article 2037 et décider que la loi admet dans tous les cas une décharge totale. Ce serait fort mal interpréter le texte que lui donner une semblable portée, c'est un principe absolu et incontesté que l'indemnité doit être proportionnée au préjudice. Il faut examiner quel dommage aurait subi la caution si elle eut été obligée de payer malgré la perte des sûretés et subordonner l'étendue de la décharge à l'étendue de ce préjudice. La jurisprudence est très ferme sur ce point ; elle a toujours décidé que c'est dans la proportion non pas des sûretés sacrifiées, comme certains auteurs l'ont soutenu, mais du recouvrement qu'elles auraient assuré, que la décharge doit être accordée à la caution. Par conséquent nous dirons, sur l'espèce que nous avons posée, que la caution sera déchargée jusqu'à concurrence de moitié seulement. Pothier faisait l'application de ce principe au cas où la dette était cautionnée par plusieurs fidéjusseurs : « Lorsque c'est l'action que le créancier avait contre l'un des fidéjusseurs, que le créancier s'est mis hors

d'état de pouvoir céder aux autres fidéjusseurs, en le déchargeant ou en laissant donner congé de sa demande contre lui, on doit décider qu'il doit être, *per exceptionem cedendarum actionum*, exclu de la demande contre les autres fidéjusseurs, non pour le total, mais pour la part pour laquelle ils auraient recours contre le fidéjusseur déchargé, si le créancier ne s'était pas mis hors d'état de leur céder son action contre lui (1). »

Nous donnerions une solution analogue, c'est-à-dire que nous accorderions à la caution une décharge partielle, pour le cas où le créancier, bien qu'ayant conservé en droit des garanties, les eût laissées en fait devenir efficaces. Les auteurs citent un arrêt de la Cour de cassation (2) rendu sur l'espèce suivante : la créance cautionnée était garantie par une hypothèque sur une forêt ; le créancier renouvelle son inscription en temps utile, mais laisse le débiteur enlever une si grande quantité de bois que le gage était presque réduit à néant. La caution invoque l'article 2037 et, sur pourvoi, la Cour déclare sa demande bien fondée.

Beaucoup d'auteurs critiquent cette décision, l'article 2037 imposant simplement au créancier l'obligation de conserver ses droits, privilèges et hypothèques. Or, en fait, l'inscription avait été renouvelée en temps utile. Ces critiques ne nous semblent pas fondées ; en s'obligeant tacitement à conserver ses actions, le créan-

---

(1) Pothier, *Des obligations*, N° 557.

(2) Cassation, 23 mai 1833 (S., 33, 1, 574).

cier s'engageait par cela même à les conserver efficaces. Qu'importe à la caution d'être subrogée à une hypothèque sur un bien sans valeur; le préjudice est pour elle aussi grand que si le créancier en avait donné mainlevée. La loi a voulu assurer à la caution un recours efficace en lui accordant la subrogation, il faut donc que cette subrogation lui soit utile. La Cour de cassation l'a d'ailleurs décidé dans l'arrêt en question : si la subrogation n'est d'aucune utilité pour la caution il est plus exact de dire qu'elle n'existe pas.

En somme la formule, à laquelle nous aboutissons est celle-ci : la décharge de la caution doit être proportionnée à la somme qu'elle ne peut recouvrer par le fait du créancier.

Conformément à la règle *Actori incumbit probatio*, ce sera à la caution de prouver que les sûretés ont disparu par le fait du créancier et que cette disparition lui a causé préjudice

---



## CONCLUSION

---

Nous avons ainsi examiné les principales questions que soulève l'article 2037 ; une remarque se dégage de ce rapide exposé : c'est que cet article a fait naître de très vives controverses. Comme nous l'avons vu, ces controverses n'ont pas un intérêt doctrinal, des intérêts pratiques considérables sont en jeu. On discute notamment, d'une façon particulièrement vive, sur le point de savoir si la caution solidaire peut invoquer l'article 2037 ; c'est une question grosse de conséquences : nous sommes à une époque où les créanciers font la loi aux débiteurs ; ils ne se contentent plus de l'engagement pur et simple de la caution ; ils exigent qu'elle renonce aux bénéfices de discussion et de division ; le cautionnement solidaire est aujourd'hui la forme normale de la fidéjussion. Nous savons qu'à l'heure actuelle les sûretés réelles ont l'avantage sur les sûretés personnelles ; il est rationnel que le créancier qui se contente d'une garantie personnelle, exige de la caution un engagement plus rigoureux. Cette généralisation du cautionnement solidaire a aussi une autre cause : il y a aujourd'hui tendance à commercialiser le droit

civil ; les sociétés civiles se constituent sous la forme commerciale ; la loi de 1863 s'applique aux gages civils ; on émet des titres au porteur qui ne nécessitent pas, pour leur cession, les formalités des articles 1690 et suivants du Code civil ; la déconfiture touche de près à la faillite ; l'institution du séquestre aboutit à une véritable faillite civile ; la commercialisation du droit civil a des répercussions jusque dans le contrat de cautionnement : les cautions commerciales sont, dans une opinion, toutes solidaires, les cautions civiles s'engagent à renoncer aux bénéfices de division et de discussion. Ce n'est donc pas seulement une question d'école que se demander si la caution solidaire jouit de l'exception de subrogation.

On discute aussi sur le point de savoir si, pour opérer la décharge de la caution, un fait positif du créancier est nécessaire ou bien si une simple négligence est suffisante.

Il est certain que la cause première de ces controverses est la rédaction par trop concise de l'art. 2037 ; si les rédacteurs du Code avaient spécifié d'une façon précise à quelles personnes il s'applique et quels faits du créancier emportent décharge, les jurisconsultes ne discuteraient certes pas avec autant de passion. Une loi qui dans son interprétation soulève tant de controverses est nécessairement imparfaite, une réforme s'impose.

La tâche serait facile ; parmi les législations qui ont adopté notre Code civil, quelques-unes ont déjà modifié la disposition de notre article 2037 ; le Code italien dans son article 1928 dispose : « La caution *même soli-*

*daire* est déchargée... »; le Code de la République Argentine, article 2043, décide que la caution est déchargée lorsque la subrogation est devenue impossible non seulement par le fait du créancier, mais encore *par sa négligence*. Il serait à souhaiter que dans la prochaine réforme de nos Codes, l'attention du législateur fût attirée sur l'article 2037 et que cet article, fût modifié de la façon suivante : « La caution même solidaire est déchargée lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus, par le fait ou par la négligence de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

VU :

Lyon, le 18 janvier 1900.

*Le Doyen de la Faculté,  
Président de la Thèse,*

E. CAILLEMER.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 20 janvier 1900.

*Le Recteur de l'Académie,  
Président du Conseil de l'Université,*

GABRIEL COMPAYRÉ.



## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                     | Pages |
|---------------------------------------------------------------------|-------|
| INTRODUCTION .....                                                  | 5     |
| HISTORIQUE.....                                                     | 11    |
| CHAPITRE I <sup>er</sup> . Fondement juridique de l'art. 2037 ..... | 27    |
| CHAPITRE II. Qui peut invoquer l'art. 2037.....                     | 47    |
| § 1. Caution pure et simple.....                                    | 47    |
| § 2. Caution solidaire.....                                         | 48    |
| § 3. Codébiteurs solidaires.....                                    | 57    |
| § 4. Tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué.....                  | 75    |
| § 5. Caution réelle.....                                            | 82    |
| § 6. Endosseur d'un effet de Commerce .....                         | 84    |
| CHAPITRE III. Condition d'application de l'art. 2037.....           | 91    |
| § 1. Quelle doit être la nature du fait imputé au créancier.....    | 91    |
| § 2. A quelles sûretés s'applique l'art. 2037.....                  | 100   |
| CHAPITRE IV. Etendue d'application de l'art. 2037.....              | 107   |
| CONCLUSION .....                                                    | 113   |









